

Den øvre grensen for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt og dens indirekte betydning for forsinkelsesansvaret

En analyse av reguleringen i NS 8405

Kandidatnummer: 631

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17 924



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Begrepsbruk	2
1.4	Metode og fremgangsmåte.....	3
1.5	Opplegget videre	6
2	FASTLEGGELSE AV DEN ØVRE GRENSE FOR ENTREPRENØRENS NATURALOPPFYLLELSESPLIKT	7
2.1	Innledning	7
2.1.1	Risikofordeling i entrepriseretten: Funksjonsfordelingen	7
2.2	Utenfor partens kontroll	8
2.2.1	Rettslig grunnlag og utgangspunkt for vurderingen	8
2.2.2	Nærmere om grensen for naturaloppfyllelsesplikten.....	9
2.2.3	Relevante momenter	10
2.2.4	Oppsummering av vurderingen	14
2.2.5	Bør man heller operere med faste kriterier?	15
2.3	Innenfor byggherrens kontroll	16
2.3.1	Rettslig grunnlag og utgangspunkt for vurderingen	16
2.3.2	Vurderingen av om det foreligger en hindring	17
2.3.3	Oppsummering av vurderingen	22
2.3.4	Bør hindringsbegrepet være det relevante kriterium?	23
2.4	Innenfor entreprenørens kontroll	24
2.4.1	Innledning	24
2.4.2	Rettslig grunnlag og utgangspunkt for vurderingen	24
2.4.3	Nærmere om grensen for naturaloppfyllelsesplikten.....	26
2.4.4	Oppsummering av vurderingen	29
2.4.5	Bør man heller operere med faste kriterier?	29
2.5	Oppsummering av grensen for naturaloppfyllelsesplikten innenfor alle tre risikoområder	31
3	FORHOLDET MELLOM NATURALOPPFYLLELSESPLIKTEN OG ANSVARSGJENNOMBRUDD VED GROV UAKTSOMHET OG FORSETT... 32	
3.1	Innledning	32
3.2	Hvilken betydning har den øvre grensen for entreprenørens naturaloppfyllelsesplikt for vurderingen av om ansvarsgrensene er overskredet?.....	32

3.3	Entreprenørens egen grove uaktsomhet	34
3.3.1	Nærmere om den konkrete vurderingen	35
3.3.2	Vurderingens betydning for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt	41
3.3.3	Eksempler basert på den konkrete vurderingen.....	41
3.4	Forsettsbegrepet	44
3.4.1	Hva må forsettet omfatte?.....	45
3.4.2	Andre eksempler hvor det ikke kan kreves forsett for følgene.....	47
3.4.3	Sammenfatning og betydningen for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt ..	48
3.5	Oppsummering.....	48
3.6	Bør forsett og grov uaktsomhet være den relevante målestokken for å vurdere om ansvarsgrensene skal tilsidesettes?.....	49
4	IDENTIFIKASJON I RELASJON TIL ANSVARSGRENSENE.....	52
4.1	Innledning og utgangspunkt for vurderingen	52
4.2	Den konkrete vurderingen.....	53
4.3	Burde grensen trekkes ved kontraktsmedhjelperansvaret?	54
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	57
6	LITTERATURLISTE	58

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema omhandler entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt og hvordan den har indirekte betydning på forsinkelsesansvaret. Oppgaven vil basere seg på en analyse av reguleringen i NS 8405, da dette er en av de mest benyttede entreprisestandardene.

Det er som regel en upraktisk situasjon at byggherren krever at entreprenøren fullfører arbeidet, hvor det foreligger en forsinkelse i en slik grad at spørsmålet om rekkevidden av entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt kommer på spissen. Som regel er byggherren langt mer tjent med å heve kontrakten og overføre prosjektet til en annen entreprenør.¹ Etter dette kan byggherren da kreve dekningskostnadene fra den opprinnelige entreprenøren erstattet. Den praktiske betydningen av å fastlegge entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt angår først og fremst betydningen dette har for forsinkelsesansvaret entreprenøren risikerer under kontrakten.² Entreprenøren kan her være pliktig til å iverksette visse økonomiske og faktiske tiltak for å overvinne hindringen. Hvilke tiltak som forventes fra entreprenøren i de ulike situasjonene kan være forskjellig og dette må derfor analyseres nærmere.

Oppgavens kjernespørsmål er først og fremst å fastlegge innholdet av den øvre grensen for naturaloppfylleelsesplikten innenfor de ulike risikoområder entrepriseretten opererer med, herunder innenfor byggherrens kontroll, innenfor entreprenørens kontroll og utenfor partenes kontroll.

Etter å ha fastlagt disse grensene må deres betydning for forsinkelsesansvaret belyses, samt rekkevidden av forsinkelsesansvaret klargjøres. Utgangspunktet er klart nok: Dersom entreprenøren ikke iverksetter tiltak og dermed blir forsinket, må han betale dagmulkt til byggherren som i utgangspunktet maksimalt utgjør 10 % av kontraktssummen.³ Spørsmålet som da må stilles er om entreprenøren i denne situasjonen også kan pådra seg ansvar utover dagmulkten. Det vil i denne sammenheng derfor måtte analyseres i hvilken utstrekning entreprenørens dagmulftsansvar fungerer som en ansvarsbegrensning. Vilkårene for å tilsidesette ansvarsbe-

¹ Jf. pkt 39.1

² Jf. Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 347

³ Jf. pkt 34.1.3, 34.3.3.

grensningene er i kontrakten at det foreligger «grov uaktsomhet» eller «forsett».⁴ Spørsmålet er da hvordan entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt får betydning for vurderingen av om det foreligger grov uaktsomhet eller forsett, og hva som konkret ligger i disse vilkårene. Dette må derfor analyseres for å konstatere om entreprenøren kan bli ansvarlig for ikke å ha oppfylt kontrakten in natura. Dersom det foretas en slik tilsidesettelse av ansvarsgrensene, sies det gjerne at man foretar et ansvarsgjennombrudd.⁵

I denne sammenheng må det også vurderes hvem entreprenøren identifiseres med i relasjon til disse vilkårene, altså rekkevidden av det såkalte kontraktshjelperansvaret.⁶

1.2 Avgrensning

Lignende spørsmål som oppgaven reiser oppstår også for mangelsansvaret, særlig for de tilfellene hvor entreprenøren misligholder sin utbedringsplikt.⁷ Dette vil ikke bli behandlet i denne avhandlingen, og det avgrenses derfor mot mangelstilfellene.

Videre kan det tenkes at det må settes en grense for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt hvor det er fremmet krav om fristforlengelse basert på læren om bristende forutsetninger eller avtl. § 36. Heller ikke slike problemstillinger vil bli behandlet i denne avhandlingen.

Betydningen av at entreprenøren ikke har overholdt varslingsfrister som måtte gjelde i forbindelse med krav på fristforlengelse vil heller ikke bli behandlet. Det samme gjelder betydningen av et eventuelt krav på vederlagsjustering.

1.3 Begrepsbruk

Naturaloppfylleelsesplikten innebærer at realkreditor i utgangspunktet har rett til å kreve at kontrakten oppfylles etter sitt innhold, samt at realdebitor som utgangspunkt må bære konsekvensene av at han ikke kan (eller vil) oppfylle kontraktsmessig.⁸

⁴ Jf. pkt 34.1.3, pkt 34.3.3

⁵ Hagstrøm (1997) s. 66

⁶ Hagstrøm (2011) s. 486

⁷ Jfr NS 8405 pkt 36.2 og pkt 36.5.

I kontraktsretten omtales «realkreditor» som vedkommende som skal motta naturalytelsen, mens «realdebitor» er vedkommende som skal prestere naturalytelsen.⁹ I det følgende vil disse begreene benyttes dersom ikke kontrakt eller lovgivning gir grunnlag for annet.

I det følgende kommer jeg til å bruke begrepet «byggherren» og «entreprenøren» om henholdsvis realkreditor og realdebitor hva gjelder NS 8405, da disse begrepene er definert i standarden.¹⁰ Byggherren defineres som «kontraktpart som skal ha utført det bygg- eller anleggsarbeidet som kontrakten omfatter.»¹¹ Entreprenøren defineres som «kontraktpart som har påtatt seg utførelsen av det bygg- eller anleggsarbeidet som kontrakten omfatter.»¹²

Ved omtale av fabrikkasjonskontraktene vil jeg benytte begrepet «selskapet» og «leverandør» om henholdsvis realkreditor og realdebitor, da dette er begrepsbruk disse standardene benytter.¹³

1.4 Metode og fremgangsmåte

Entrepriseretten tar utgangspunkt i den alminnelige rettskildelæren. Det er ikke hensiktsmessig å gjennomgå dette i generell form her. Imidlertid er det visse særtrekk som gjør seg gjeldende for entrepriseretten som jeg her kort skal beskrive.

NS 8405 er en standardkontrakt for utførelse av arbeid hvor byggherren står for det vesentlige av prosjekteringen.¹⁴ Den foreligger nå i 2. utgave, sist revidert i 2008 og avløser den tidligere NS 3430. Det er en næringsentreprise, da den ikke gjelder bygging av fritidsboliger eller hvor byggherren er forbruker.¹⁵ Næringsentreprisene er ikke basert på lovgivning, slik forbrukerentreprisene er.¹⁶ I næringsentreprisene har partene derfor avtalefrihet og som regel baserer partene avtalen på en standardkontrakt. Grunnen til dette er at næringsentreprisene ofte er

⁸ Hagstrøm (2011) s. 379.

⁹ Hagstrøm (2011) s. 98 flg. og 120 flg.

¹⁰ Jf. pkt 2.2 og pkt 2.4.

¹¹ Jfr. pkt 2.2.

¹² Jfr. pkt 2.4

¹³ Jf. eksempelvis NF 05 art 1.14 og art. 1.22.

¹⁴ Jf. NS 8405 pkt 1.

¹⁵ Jf. buofl §§ 1 og 2.

¹⁶ Jf. buofl § 2, som avgrenser mot næringsforhold.

omfattende og komplekse slik at partene har behov for å basere avtalen på en regulering som er gjennomarbeidet og godt kjent for begge. I en slik situasjon fungerer standarden som et godt verktøy for å tilfredsstille disse behovene.

Standarden er utarbeidet av og enstemmig anbefalt av en komite som er oppnevnt av Standard Norge etter forslag fra en rekke sentrale aktører i bransjen.¹⁷ Standarden gir uttrykk for hva disse aktørene har blitt enige om som alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av større bygg og anleggsarbeider.¹⁸

Utgangspunktet er at standarden må tolkes etter en alminnelig forståelse av ordlyden dersom ingen felles partsforståelse kan bevises.¹⁹ Det kreves sterke holdepunkter for å fravike ordlyden, da standarden er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner.²⁰ Dette forsterkes ytterligere av at entreprisen som regel bygger på et anbud som ensidig er utarbeidet av byggherren, hvor partenes felles forståelse av bestemmelsen vanskelig kan få noen selvstendig plass.²¹

Imidlertid vil det kunne være grunnlag for å trekke inn reelle hensyn og formålsbetraktninger også i en slik kontrakt som denne.²² Dette vil kunne få stor betydning for de problemstillinger oppgaven reiser, bl.a. for spørsmålet om hvem som må bære risikoen for store tap utover dagmulksansvaret, hvor rimelighetsbetraktninger nødvendigvis vil få betydning for vurderingen.

Det vil også være grunnlag for å trekke inn kilder fra nærliggende kontraktsområder. I denne sammenheng vil rettskilder fra totalentreprisen NS 8407 være relevante, da standarden her i stor grad regulerer disse spørsmål på samme måte som NS 8405. Det samme gjelder rettskilder fra fabrikkasjonskontraktene og bustadoppføringslova. Rettskildene til Fabrikasjonskontraktene er relevante også fordi man ved utarbeidelsen av NS 3430 for første gang hentet inspirasjon fra fabrikkasjonskontraktene, noe som senere er videreført i NS 8405.²³

¹⁷ Jfr forordet til NS 8405.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Jf. Rt. 2010 s. 961 avsnitt (44) og Woxholth (2009) s. 402-403.

²⁰ Jf. rt. 2010 s. 1345 avsnitt (59)

²¹ Jf. rt. 2012 s. 1729 avsnitt (58)

²² Jf. rt. 2010 s. 961 avsnitt (44).

²³ Barbo (1997) s. 13

Entrepriseretten er en del av obligasjonsretten slik at standarden kan utfylles med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.²⁴ Som jeg kommer tilbake til er NS 8405 på visse punkter taus om innholdet av grensene for naturaloppfyllelsesplikten. Utfylling med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper vil i en slik situasjon kunne være en viktig kilde der standarden ikke gir grunnlag for å fastlegge grensene.

Rettspraksis er en sentral kilde på entrepriserettens område som i rettskildelæren ellers.²⁵ Problemstillingen som oppgaven reiser finnes det imidlertid ikke så mange rettsavgjørelser om. Avgjørelser fra Høyesterett finnes det få av, men det finnes noe lagmannsrettspraksis av betydning som jeg vil vurdere. Disse vil ha noe begrenset rettskildemessig vekt, men de kan være illustrerende som eksempler.²⁶ Videre kan de gi nyttige momenter for drøftelsen av rettslige standpunkter i kraft av deres argumentasjonsverdi, dersom denne skulle være overbevisende.²⁷

En av grunnene til at det finnes relativt lite praksis fra de alminnelige domstolene for problemstillingen oppgaven reiser er den hyppige bruken av voldgiftsavgjørelser på entrepriserettens område. Det er flere grunner til at denne avgjørelsesformen velges. For det første sikrer disse avgjørelsene partene en effektiv saksgang hvor avgjørelsen kan fattes langt raskere enn de alminnelige domstolene har kapasitet til.²⁸ For det andre består voldgiftsretten som regel av dommere med høy faglig kompetanse på feltet til forskjell fra dommerne i domstolene som er mer utpregede generalister.²⁹ For det tredje kan avgjørelsene holdes hemmelig slik at partene slipper å eksponere sine forretningshemmeligheter i offentligheten.³⁰

Det taler for å tillegge voldgiftsavgjørelsene vekt der det finnes lite praksis fra domstolene.³¹ Særlig må dette gjelde hvor voldgiftsavgjørelsene har fått tilslutning i teorien.³² Jeg har derfor valgt å vise til avgjørelser som har fått slik tilslutning i teorien.³³

²⁴ Hagstrøm (2011) s. 42 flg. og s. 70 flg.

²⁵ Eckhoff (2001) s. 155 flg.

²⁶ Ibid

²⁷ Ibid

²⁸ Høgtveit Berg [et al.] (2006) s. 23 flg.

²⁹ Ibid.

³⁰ Brækhus (1990), s. 453

³¹ Brækhus. (1990) s. 460

³² Brækhus (1990) s. 460. Jf. eksempelvis teoriens tilslutning til Trans tind dommen se Hagstrøms (1996) s.492 og Kaasen (2005) s. 253.

³³ For noen avgjørelser har jeg ikke funnet selve dommen, men har basert meg på gjengivelse i teorien.

Som følge av det foreligger nokså få rettsavgjørelser vil den juridiske teorien være relevant for å belyse innholdet av grensene, og derfor kanskje i ennå sterkere grad enn i den alminnelige rettskildelæren.³⁴ Imidlertid må vekten av den juridiske teorien, her som ellers, baseres på dens argumentasjonsverdi.³⁵

1.5 Opplegget videre

I det følgende vil jeg i kapittel 2 redegjøre for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt i de tre ulike risikosituasjoner entrepriseretten opererer med. Innledningsvis i kapittel 2.1 vil jeg redegjøre for risikofordelingen i entrepriseretten siden dette er helt grunnleggende for å forstå kontraktens system for håndtering av oppgavens spørsmål.

Dernest vil jeg presentere de tilfeller hvor risikoen faller utenfor partenes kontroll i kapittel 2.2. Etter dette vil jeg i kapittel 2.3 redegjøre for de tilfeller som faller innenfor byggherrens kontroll. Til slutt vil jeg i kapittel 2.4 belyse de tilfeller som faller innenfor entreprenørens eget risikoområde.

I kapittel 3 vil det i forlengelsen av dette foretas en redegjørelse av grensenes betydning for forsinkelsesansvaret i kapittel 3.2. Deretter vil forholdet mellom naturaloppfylleelsesplikten og ansvarsgjennombrudd ved grov uaktsomhet og forsett drøftes i kapittel 3.3 følgende. Det vil i denne sammenheng også foretas en vurdering av identifikasjonsspørsmålet, altså hvem som anses som entreprenøren i relasjon til bestemmelsene om ansvarsgjennombrudd i kapittel 3.7.

³⁴ Jf. Eckhoff (2001) s. 270.

³⁵ Ibid.

2 Fastleggelse av den øvre grense for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt

2.1 Innledning

2.1.1 Risikofordeling i entrepriseretten: Funksjonsfordelingen

Det er lang tradisjon i entrepriseretten for å la funksjonsfordelingen være styrende for partenes risikoansvar under kontrakten.³⁶ Denne fordelingen finner man også igjen i NS 8405. Standarden fremstår dermed som en kodifisering av entrepriserettslige prinsipper på dette punkt. Med funksjonsfordeling mener man her at risiko som materialiserer seg blir i det risikoområde den rammer. Vi opererer med tre ulike risikoområder i entrepriseretten. Dette er risiko innenfor byggherrens kontroll, risiko innenfor entreprenørens kontroll, og risiko utenfor partenes kontroll. Grensene for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt må fastlegges innenfor alle disse tre risikoområdene.

Dersom risikoen materialiserer seg innenfor byggherrens eget risikoområde, kan entreprenøren ha krav på fristforlengelse og vederlagsjustering såfremt vilkårene for dette er oppfylt og prosessuelle varslingsregler er fulgt.³⁷ Materialiserer risikoen seg utenfor begge partenes risikoområder kan entreprenøren ha krav på fristforlengelse såfremt vilkårene for dette foreligger og han varsler i tide, men han har ikke krav på vederlagsjustering.³⁸ Man sier her at risikoen er delt mellom partene. Dersom risikoen materialiserer seg innenfor entreprenørens eget risikoområde, har han derimot verken krav på fristforlengelse eller vederlagsjustering. Risikoen forblir der den rammer.

³⁶ Jf. eksempelvis den grunnleggende dom i rt. 1917 s. 673.

³⁷ Jf. pkt 24.1, 24.4, 25.2 og 25.3

³⁸ Jf. pkt 24.3.1 jfr. pkt 24.3.5.

2.2 Utenfor partens kontroll

2.2.1 Rettslig grunnlag og utgangspunkt for vurderingen

Spørsmålet i dette kapittel er hvordan force majeure reguleringen i kontrakten oppstiller et krav til naturaloppfylleelsesplikt for entreprenøren og hvor den øvre grensen for denne plikten ligger.

Utgangspunktet er at entreprenøren er forpliktet til å oppfylle kontraktsforpliktelsen han har påtatt seg og han har således risikoen for unnlatt oppfyllelse. Force majeure reguleringen representerer et unntak fra dette utgangspunktet, da entreprenøren kan fritas for sin oppfyllelse på nærmere angitte vilkår.

Det rettslige grunnlaget for kravet på fristforlengelse er pkt 24.3. Det fremgår her at:

«Partene har krav på fristforlengelse dersom fremdriften av deres forpliktelser hindres av forhold utenfor deres kontroll, så som ekstraordinære værforhold, offentlige påbud og forbud, streik, lockout og overenskomstbestemmelser....

En part har ikke krav på fristforlengelse for hindring han ...burde ha tatt i betraktning ved inngåelsen av sine respektive kontrakter, eller med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgende av...

Partene har ikke krav på justering av vederlaget som følge av fristforlengelse etter denne bestemmelsen.»

De sentrale vilkår for å fastlegge entreprenørens krav på fristforlengelse er her for det første vilkåret om at det må foreligge en hindring av fremdriften. Denne hindringen må for det annet være noe som ligger utenfor entreprenørens kontroll. For det tredje må det være slik at entreprenøren ikke burde tatt denne hindringen i betraktning på avtaletiden eller med rimelighet kunne unngått eller overvunnet følgene av den.

Er ikke disse vilkårene oppfylt, må entreprenøren i utgangspunktet oppfylle kontrakten in natura, da kontraktsforpliktelsen fortsatt ligger fast.³⁹ Vurderingen av om disse kriteriene er

³⁹ I tråd med funksjonsfordelingen i kapittel 2.1.1.

oppfylt vil derfor indirekte danne grunnlag for fastleggelse av grensen for entreprenørens naturaloppfyllelsesplikt.

Grensen for naturaloppfyllelsesplikten vil derfor bero på en vurdering av disse vilkår. Det er dermed dette som danner premisset for hvilke faktiske og økonomiske tiltak som kreves av entreprenøren.

Problemstillingen som dermed må reises er hvordan disse vilkårene skal håndteres ved fastleggelsen av den konkrete grensen. Dette vil drøftes i det følgende.

2.2.2 Nærmere om grensen for naturaloppfyllelsesplikten

Problemstillingen er altså nå hvordan vilkårene om hindring, unngåelse, overvinnelse og utenfor kontroll skal håndteres for å fastlegge den konkrete grensen for entreprenørens naturaloppfyllelsesplikt.

Utgangspunktet er at alle vilkårene må være oppfylt for å gi rett til fristforlengelse. Men man kan ikke stoppe der. Det gir lite mening å bare se på vilkårene isolert. Grunnen til dette er at de fleste hindringer ikke er av en slik art at de er umulige å overvinne, det kommer heller an på hvilken grense en må sette for de tiltak entreprenøren må foreta.⁴⁰ Vilårene må derfor sees i sammenheng og det må foretas en konkret vurdering. Vilåret om hva entreprenøren med rimelighet kunne overvinne får særlig betydning, da dette nettopp peker på den konkrete rimelighetsvurderingen som må foretas.

Denne samlede vurderingen munner ofte ut i det som gjerne kalles for entreprenørens «offergrense».⁴¹ Med dette mener man hvilke økonomiske og praktiske oppofrelser entreprenøren må foreta for å oppfylle kontrakten in natura. Det er bare hendelser som overstiger denne «offergrensen», som anses å være en force majeure begivenhet som kan gi grunnlag for fristforlengelse etter pkt 24.3. Det er derfor denne «offergrense»-vurderingen som blir det reelle vurderingstemaet for å vurdere om grensen er overskredet.

Spørsmålet som dermed må drøftes er i hvilken grad entreprenøren i slike tilfeller plikter å iverksette økonomiske og praktiske tiltak for å oppfylle kontrakten in natura, altså hvor entreprenørens offergrense ligger.

⁴⁰ Hagstrøm (1997) s 37

⁴¹ Ibid.

Utgangspunktet er at vurderingen må foretas konkret, og en rekke momenter må vurderes for å avgjøre om offergrensen er overskredet.⁴²

Kravet til innsats fra entreprenøren må tilpasses de konsekvenser unnlatt oppfyllelse vil ha for kontrakten, og man ender ofte opp med en økonomisk kostnad/nytte vurdering hvor lojalitet i kontraktsforhold står sentralt.⁴³ Det må dermed foretas en forholdsmessighetsvurdering hvor kontraktens verdi holdes opp mot de tiltak som med rimelighet må kunne forventes av entreprenøren i den konkrete saken.⁴⁴

I det følgende vil jeg drøfte sentrale momenter i denne forholdsmessighetsvurderingen som får betydning for hvor entreprenørens offergrense ligger. Lojalitetshensynet vil underkastes en særlig behandling, da det har en sentral plass i vurderingen.⁴⁵

2.2.3 Relevante momenter

Utgangspunktet må være at entreprenøren har krav på fristforlengelse dersom vilkårene i pkt 24.3 er oppfylt. Dersom det pålegges entreprenøren å iverksette omfattende tiltak for å fortsette arbeidet, kan det lett uthule denne rettigheten. Dette taler for at det bare er relativt umiddelbare plikter entreprenøren kan pålegges slik at offergrensen ikke kan settes særlig høyt.

På den annen side er entreprenøren i alminnelighet pålagt en plikt til å legge om driften sin dersom dette kan overvinne hindringen.⁴⁶ Dette tilsier at entreprenøren må pålegges en viss tiltaksplikt. Slike generelle betraktninger sier imidlertid lite om hvor offergrensen egentlig går. Et krav om omfattende omlegging av driften kan gå utover andre byggeprosjekter entreprenøren har gående. Et eksempel på dette er dom inntatt i Rt. 1970 s. 1059. I denne saken var spørsmålet om det var mulig å levere knutelin til rett tid uten urimelige kostnader. Høyesterett la vekt på at selger hadde lagt om sin produksjon til døgntkontinuerlig drift og forsøkt å skaffe produktet både innenlands og utenlands.⁴⁷ Noe mer kunne det ikke med rimelighet forventes,

⁴² Marthinussen (2010) s. 342.

⁴³ Kaasen (2006) s. 712-713

⁴⁴ Marthinussen [et al.] (2010) s. 342.

⁴⁵ Kaasen (2006) s. 712-713

⁴⁶ Hagstrøm (1997) s. 37, Marthinussen [et al.] (2010) s. 342 og Kolrud [et al.] (2004) s. 309

⁴⁷ Rt. 1970 s. 1059 på s. 1064.

og selger ble derfor frifunnet på dette punkt.⁴⁸ Retten la videre vekt på at selger ikke var pålagt å endre rekkefølgen på bestillingen for å overvinne hindringen.⁴⁹

Selv om dommen gjaldt et tilfelle etter kjøpsloven er den relevant. Dersom entreprenøren har iverksatt de ressurstiltak som med rimelighet kunne ventes av ham i den konkrete situasjon, er det ikke rimelig at han pålegges å stokke om prosjektene. Pålegges entreprenøren en slik plikt risikerer han å bli forsinket i andre prosjekter, noe som kan anses som en nedprioritering av disse og dermed kritikkverdig. Dette tilsier at entreprenørens offergrense ikke kan settes særlig høyt i slike tilfeller. Dette har klare linjer til de skyldvurderinger som foretas ved grov uaktsomhet og forsett i pkt 34.1.3 og pkt 34.3.3. Entreprenøren blir i et slikt tilfelle tvunget til å velge mellom to onder. Enten må han iverksette tiltak i større grad enn han egentlig har risikoen for eller la være å iverksette tiltak fordi han risikerer å bli møtt med beskyldninger om grov uaktsomhet i andre prosjekter. Dette tilsier at entreprenøren ikke kan anses for å ha handlet grovt uaktsomt eller forsettlig dersom han velger å ikke stokke om på prosjektene.

Hva gjelder hindringens art er det rimelig å forvente større tiltak fra entreprenøren der forholdet var noe som entreprenøren burde kunne tatt i betraktning på avtaletiden. Et eksempel på at offergrensen settes høyt er ved vanskelige værforhold. Et eksempel på dette er Rt. 1934 s. 507. Saken gjaldt krav om fristforlengelse som følge av at isproblemer på Rhinen medførte forsinket levering av stålplater i en skipsbyggekontrakt. Høyesterett la til grunn at det ikke var bevist at en dyrere transportmetode hadde vært forsøkt slik at det var: *«umulig eller medførte for svære omkostninger at faa platene i tide sendt over Bremen...»*.⁵⁰

Fra Høyesteretts uttalelse kan man slutte at hindringsvilkåret tolkes strengt, slik at det stilles høye krav til entreprenørens tiltaksplikt. Selv om en avtale inngås på et tidspunkt hvor det ikke er mulig å forutse hva vinteren vil bringe, må entreprenøren i alminnelighet regne med at vinteren blir særlig kald uten at dette nødvendigvis utgjør noen hindring etter pkt 24.3. Dette tilsier at entreprenørens offergrense settes høyt.

På den annen side er det ikke alltid like rimelig å kreve at entreprenøren overvinner hindringen. Et eksempel på dette er ulovlige aksjoner fra naturvernorganisasjoner som stanser byggeprosjektet. Slike forhold kan entreprenøren vanskelig forutse på forhånd og neppe overvinne på annen måte enn ved å tilkalle politiet. I slike kan derfor ikke entreprenørens offergrense settes høyt.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Jf. rt. Rt. 1934 s. 507 på s. 509.

Når det gjelder byggherrens prosjektering, vil en meget detaljert prosjektering av komponentene i byggeprosjektet medføre at entreprenørens valgmuligheter er begrenset. Er komponenten helt spesifisert, det er eksempelvis valgt en type stein som bare selges i Kina, kan entreprenøren vanskelig erstatte den med en annen dersom det blir vareknapphet. I slike tilfeller må entreprenørens offergrense settes høyt, da entreprenøren ved å inngå avtalen har tatt en risiko. Det vil si at jo mer detaljert byggherrens prosjektering er, desto høyere må entreprenørens offergrense settes.

Dette minner om tilfeller av «økonomisk force majeure», altså hvor hindringen er av økonomisk karakter. Dersom avtalen omhandler varer hvor prisen tradisjonelt varierer kraftig har entreprenøren tatt en risiko ved å begi seg inn på avtalen, noe som tilsier at offergrensen må ligge meget høyt.⁵¹ Entreprenøren burde her forutsett at oppfyllelse kunne blitt vanskeliggjort og eventuelt tatt et forbehold. Kjente eksempler på dette er variasjoner i stål- og oljeprisen.⁵²

Særlig om lojalitetsplikten

Problemstillingen i dette avsnittet er hvilke tiltaksplikter som kan utledes av lojalitetsplikten for vurderingen av hvor offergrensen i pkt 24.3 skal ligge.

Utgangspunktet er her som ellers i kontraktsretten at parten bærer risikoen for sine egne interesser. Lojalitetsplikten innebærer likevel en viss plikt for entreprenøren til å ivareta byggherrens interesser. Lojalitetsplikten er forankret i standardens pkt 5.

Bestemmelsen lyder:

«Partene er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten.»

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at partene skal opptre lojalt overfor den andre parten i kontrakten.

⁵¹ Jf. Marthinussen [et al.] (2010) s. 344.

⁵² Ibid.

Lojalitet i kontraktsforhold er en ulovfestet plikt som ville påligget entreprenøren uavhengig av pkt 5. i standarden. Dette bekreftes i rettspraksis hvor det fremgår av bl.a. Rt. 1988 s. 1078 at lojalitet i kontraktsforhold er en ulovfestet plikt:

«Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består..»⁵³

Det sentrale ved vurderingen av om det foreligger en slik handleplikt er om byggherren med rimelighet kunne forvente at entreprenøren handlet annerledes.⁵⁴ Et minstekrav for at lojalitetsplikten anses brutt er at parten kan klandres for ikke å ha opptrådt annerledes.⁵⁵ Vurderingen får således en karakter av å være en culpanorm.⁵⁶ Vurderingen blir nødvendigvis nokså konkret og Høyesterett har ikke presisert den i generell form.⁵⁷

Utgangspunktet er at entreprenørens tiltaksplikt må sees i sammenheng med at entreprenøren bare har krav på fristforlengelse slik at offergrensen ikke kan settes for høyt.⁵⁸ Entreprenøren kan videre ved en for vidtgående tiltaksplikt påføres et omfattende tap, noe som i seg selv kan anses som en hindring i relasjon til pkt 24.3.⁵⁹ Desto større forsinkelse det er tale om jo større tiltak må entreprenøren som regel iverksette for å overvinne hindringen, noe som igjen betyr økte kostnader for entreprenøren. Dette må likevel holdes opp mot byggherrens tap, som ofte blir større desto lengre forsinkelsen varer. Det vil si at lojalitetshensyn likevel kan tilsi at entreprenørens offergrense her bør ligge høyt, da særlig begrunnet i tapsbegrensingsplikten.⁶⁰

Om og i hvilken grad det kan påligge visse handleplikter for entreprenøren basert på lojalitetsplikten i pkt 5 vil jeg i det følgende kort illustrere ved to eksempler.

Et eksempel kan være hvor entreprisen gjelder oppføring av et forretningsbygg hvor overtakelsen er nært forestående og byggherren har fremleiet hele bygget. Så kan det tenkes at det i

⁵³ Jf. rt. 1988 s. 1078 på s. 1084.

⁵⁴ Nazarian (2007) s. 269 flg.

⁵⁵ Ibid s. 249.

⁵⁶ Simonsen (1997) s. 164.

⁵⁷ Nazarian (2007) s. 195

⁵⁸ Marthinussen [et al.] (2010) s. 342.

⁵⁹ Hagstrøm (2011) s. 501.

⁶⁰ Barbo (1997) s. 346 fremholder at entreprenøren har en lojalitetsplikt basert på tapsbegrensingsplikten.

nærområdet skjer en fabrikkulykke som forurensar anleggsplassen, med den følge at arbeidet må stanses i lengre tid dersom entreprenøren ikke iverksetter kostbare rens tiltak.

Det kan i en slik situasjon virke urimelig å kreve omfattende tiltak fra entreprenøren. Dette taler mot at lojalitetsplikten pålegger entreprenøren en tiltaksplikt. På den annen side vil byggherrens tap bli større jo lengre tiden går uten at leietakerne kan flytte inn. Jo lengre tid som går, desto mer vil derfor byggherren med rimelighet kunne forvente at entreprenøren iverksetter tiltak. Dette taler for at lojalitetsplikten pålegger entreprenøren en viss tiltaksplikt.⁶¹

Det kan således anses klanderverdig dersom entreprenøren forholder seg helt passiv. Det kan være rimelig å kreve at entreprenøren iverksetter visse tiltak før forholdet kan anses som en hindring, slik at entreprenørens offergrense her bør ligge høyt.

Et annet eksempel er dersom partene er uenige om en flom er å anse som et force majeure forhold. Dersom flommen er i ferd med å ødelegge kontraktsarbeidet, må entreprenøren her i kraft av lojalitetsplikten kunne pålegges nokså omfattende sikringsplikter selv om en slik tvist ikke er avklart.⁶² Entreprenøren kan ikke vente på en avgjørelse, da dette vil kunne anses som sterkt klanderverdig tilsidesettelse av byggherrens interesser. Grunnen til dette er situasjonens behov for akutte tiltak samt at byggherren kan påføres store tap. I slike tilfeller må derfor entreprenørens offergrense settes høyt.

Etter dette må hensynet til lojalitetsplikten være et forhold som er egnet til å høyne entreprenørens offergrense.

2.2.4 Oppsummering av vurderingen

Gjennomgangen har vist at det må foretas en samlet vurdering av vilkårene i pkt 24.3 for å avgjøre om entreprenørens offergrense er overskredet, slik at et krav om fristforlengelse kan bli aktuelt. Det må forventes visse tiltak fra entreprenøren før offergrensen kan anses for å være overskredet. Det må bero på en konkret vurdering. Momenter for vurderingen er hvilke umiddelbare plikter entreprenøren kan iverksette, entreprenørens driftsomleggelsesplikt, øko-

⁶¹ I tråd med Barbo (1997) s. 346.

⁶² Jfr. lignende tilfelle i Barbo (1997) s. 346-347.

nomiske og faktiske oppofrelser entreprenøren må foreta, hindringens art samt kontraktsverdien. Lojalitetsplikten i kontraktsforhold blir et særlig viktig moment i vurderingen for å høyne offergrensen, i denne vurderingen vil særlig tapsbegrensingsplikten være relevant.

2.2.5 Bør man heller operere med faste kriterier?

Det kan spørres om det finnes andre muligheter for å fastlegge offergrensen. En mulighet kunne være å operere med faste kriterier. Dette kan virke prosessbesparende, fordi partene da på forhånd vet hvilke krav som stilles til dem slik at det blir færre tvister. Dette fører også med seg andre positive virkninger. Rettsaker er dyrt. De kan medføre at byggeprosessen forsinkes, og at forholdet mellom partene forsures under byggetiden.⁶³ Det er derfor gode prosesshensyn som taler for at det skal opereres med faste kriterier.

Et eksempel kan være å stille krav om et rimelig driftsopplegg fra entreprenøren basert på problemer som vanligvis oppstår i lignende kontrakter slik at entreprenøren ikke har noe ansvar for hindringer som måtte oppstå utover dette.⁶⁴ Systembetragtninger taler imidlertid mot denne løsningen. Løsningen likner unektelig på løsningen av problemer som oppstår i forbindelse med risikoen for grunnforholdene hvor byggherren i utgangspunktet har risikoen for forholdet.⁶⁵ Entreprenørens ansvar er i den sammenheng i utgangspunktet begrenset til en forsvarlig prising av arbeidet basert på en nøktern vurdering av tilgjengelig data.⁶⁶ Ved inntrreden av force majeure, som nåværende problemstilling diskuterer, er derimot risikoen delt mellom partene. Dersom man legger til grunn et vilkår om fornuftig driftsopplegg fra entreprenørens side vil man derfor i realiteten foreta en risikooverføring til byggherren som kontraktens system ikke gir grunnlag for. Dermed kan en slik løsning ikke godtas. Det taler mot at den bør være gjeldende rett.

Videre vil vurderingen få karakter av en aktsomhetsvurdering, snarere enn en force majeure vurdering. Grunnen til dette er at spørsmålet blir om entreprenøren i den konkrete situasjon har priset sitt tilbud basert på et forsvarlig driftsopplegg. Det blir derfor lite igjen av vilkårene i pkt 24.3 om hindring, utenfor kontroll og som ikke med rimelighet kunne overvinnes i vur-

⁶³ Fordi byggeprosessen ofte går over svært lang tid og saken må bringes inn for domstolen innen 6 måneder etter at oppmannen har fattet sin avgjørelse jf. pkt 26.2.2, dersom en av partene er uenig i denne.

⁶⁴ Bruserud, Tvedt (2010) s. 438

⁶⁵ Pkt 19.3.2.

⁶⁶ Rt. 1999 s. 922 på s. 931.

deringen.⁶⁷ Vurderingen er således ikke forenlig med ordlyden. Ettersom ordlyden har en meget sentral plass i en standardkontrakt mellom profesjonelle parter,⁶⁸ kan en slik løsning derfor ikke godtas.

Etter dette taler systembetraktninger og metodebetraktninger klart for at en ikke skal operere med faste kriterier. Løsningen bør derfor være at det foretas en konkret vurdering basert på bestemmelsens ordlyd.

2.3 Innenfor byggherrens kontroll

2.3.1 Rettslig grunnlag og utgangspunkt for vurderingen

Spørsmålet i dette kapittelet er om, og eventuelt hvordan, reguleringen i kontrakten oppstiller et krav til naturaloppfylleelsesplikt for entreprenøren og hvor den øvre grensen for denne plikten ligger.

Utgangspunktet er at entreprenøren er forpliktet til å oppfylle kontraktsforpliktelsen han har påtatt seg og han har således risikoen for unnlatt oppfyllelse. Reguleringen i pkt 24.1 representerer et unntak fra dette utgangspunktet, da entreprenøren kan fritas for sin oppfyllelse dersom det foreligger hendelser som byggherren må ha risikoen for.

Det rettslige grunnlaget for fristforlengelse i denne situasjonen er pkt 24.1.

Bestemmelsen i pkt 24.1 lyder som følger:

«Entreprenøren har krav på fristforlengelse dersom fremdriften hindres som følge av

...

⁶⁷ Bruserud, Tvedt (2010) s. 438

⁶⁸ Jfr. rt. 2010 s. 1345 avsnitt (59).

b) *forsinkelse eller svikt ved byggherrens leveranser eller annen medvirkning etter bestemmelsene i punktene 19 og 20, eller*

c) *andre hindringer for entreprenørens oppfyllelse som byggherren har risikoen for.»*

Vilkåret for at entreprenøren skal ha krav på fristforlengelse er her at fremdriften er hindret av forhold som byggherren svarer for. Det er derfor av særlig betydning å fastlegge innholdet av vilkåret om at fremdriften «hindres», da dette er vilkåret for entreprenørens krav på fristforlengelse. Er fremdriften ikke hindret må entreprenøren i utgangspunktet oppfylle kontrakten in natura, da kontraktsforpliktelsen fortsatt ligger fast.⁶⁹

Spørsmålet kan her neppe være hvilken grense for entreprenørens naturaloppfyllelse som gjelder, altså hvor entreprenørens offergrense skal ligge. Det er mer et spørsmål om hindringen har utøvet reell påvirkning på fremdriften.⁷⁰ Vurderingen må således baseres på om byggherrens forhold har påvirket entreprenørens utførelse.

I det følgende vil det foretas en redegjørelse av om byggherrens forhold har påvirket entreprenørens utførelse slik at det foreligger en hindring i relasjon til pkt 24.1.

2.3.2 Vurderingen av om det foreligger en hindring

Problemstillingen i dette avsnittet er om byggherrens forhold har påvirket entreprenørens utførelse slik at det foreligger en hindring i relasjon til pkt 24.1.

Utgangspunktet er at vurderingen må foretas konkret beroende på den enkelte avtale. Terskelene kan ikke settes høyt da det i utgangspunktet er byggherren som har risikoen for forsinkelsen.⁷¹

⁶⁹ I tråd med funksjonsfordelingen i kapittel 2.1.1.

⁷⁰ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 263, slik også Marthinussen [et al.] (2010) s. 335

⁷¹ Nordtvedt [et al.] (2013) s. 481

Momenter for vurderingen vil være om entreprenøren etter inntreden av forholdet kan arbeide med samme fremdrift som før og om det blir dyrere for ham å oppfylle kontrakten. Ved denne vurderingen vil entreprenørens alminnelige plikt til å legge om driften være et moment som taler for at forholdet ikke har hatt reell påvirkning på entreprenørens arbeid.⁷²

Entreprenøren er i kontrakten underlagt plikter som gir ham mulighet til å beregne hvilken påvirkning fra byggherren som må forventes. Dette gjelder særlig lojalitetsplikten i pkt 5 og samordningsplikten i pkt 18.3.⁷³

Forhold som ligger innenfor påregnelighetsgrensen i pkt 18.3 eller innenfor lojalitetsplikten i pkt 5 vil derfor neppe utgjøre noen hindring etter pkt 24.1, da disse reguleringene representerer det entreprenøren med rimelighet må forvente av påvirkning fra byggherrens side. Det må derfor analyseres nærmere hvilke plikter som følger av disse to reguleringene.

Pkt 18.3:

Bestemmelsen angår entreprenørens samordningsplikt. Av bestemmelsen fremgår det at entreprenøren uten vederlag plikter:

«...å samordne sin fremdrift med sideentreprenører, prosjekterende og øvrige aktører i prosjektet...»

Videre fremgår det at:

«Disse forpliktelsene gjelder bare innenfor de rammer som er påregnelige i henhold til kontraktens angivelse av arbeidets art, omfang og fremdrift, samt kontraktens opplysninger om sideentreprisenes antall, art og fremdrift...»

Utgangspunktet for hva som var påregnelig for entreprenøren må avgjøres på bakgrunn av hva som var synbart for entreprenøren på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Dersom det var påregnelig med mye samordningsutfordringer måtte entreprenøren tatt høyde for dette da han inngikk avtalen slik at påregnelighetsterskelen settes høyt. Dersom det var påregnelig med få sam-

⁷² Hagstrøm (1997) s. 37, Marthinussen [et al.] (2010) s. 342 og Kolrud [et al.] (2004) s. 309.

⁷³ Bruserud, Tvedt (2010) s. 442

ordningsutfordringer kan det ikke forventes at entreprenøren tar høyde for ytterligere samordningsutfordringer slik at påregnelighetsterskelen settes lavere. Et visst risikopåslag må imidlertid alltid entreprenøren ta høyde for, noe som må trekkes inn i den konkrete vurderingen.

Bestemmelsen nevner sentrale momenter i påregnelighetsvurderingen, herunder arbeidets art, omfang, fremdrift og antall sideentreprenører mm. Vurderingen må foretas ut ifra hva entreprenøren objektivt sett kunne forvente, likevel slik at subjektive forhold kan medføre at kravene til entreprenøren settes høyere.⁷⁴ Subjektive forhold kan imidlertid ikke medføre at kravene settes lavere, da entreprenøren ikke kan fritas for å inngå en kontrakt han ikke hadde tilstrekkelig forutsetninger for å håndtere.⁷⁵

I det følgende vil relevante momenter bestemmelsen nevner drøftes.

Antall sideentreprenører og deres arbeid

Utgangspunktet må være at entreprenøren må forsøke å foreta en rasjonell vurdering av antall aktører i prosjektet og dermed beregne hvor mye ressurser som trengs i prosjektet i forhold til dette.

Dersom det er mange sideentreprenører må entreprenøren forvente at det vil bli flere samordningsutfordringer enn dersom det er få, ettersom det typisk er slik at stillaser og arbeidsområder i større grad er opptatt. Dette betyr at entreprenøren må regne med flere hindringer, slik at han må ta høyde for dette med den følge at påregnelighetsterskelen settes høyt.

Dette kan ofte være en vanskelig prøve for entreprenøren, da prosjektet ofte er umodent på avtaleinngåelsestidspunktet bl.a. som følge av at detaljprosjekteringen først kommer ajour et stykke ut i byggeprosessen.⁷⁶ Dette gjelder særlig i omfattende entrepriser hvor det derfor kan være usikkert hvor omfattende arbeidet skal bli. Videre gjelder det det dersom entreprisen eksempelvis dreier seg om et restaureringsprosjekt av en eldre bygning hvor det er vanskelig å anslå tilstanden. I et slikt tilfelle kan det tenkes at byggherren venter med å kontrahere andre sideentreprenører inntil tilstanden er avdekket. Videre kan det tenkes at sideentreprenørene er innhentet, men at det er usikkert hvilket arbeid de skal gjøre. I begge tilfeller vil det være utfordrende å klargjøre hva som var påregnelig for entreprenøren. I slike tilfeller må derfor entreprenørens påregnelighetsterskel settes lavere.

⁷⁴ Kleive (2008) s. 73.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Sandvik (1977) s. 113

Kontraktens art

Utgangspunktet må være at entreprenøren tolker avtalen basert på hva slags entrepriser avtalen gjelder for å vurdere i hvilken grad han kan støte på samordningsutfordringer.

Et eksempel kan være en veientrepriser. Dersom en entreprenør bare har til oppgave å grave opp asfalten som alt ligger der, bør han ikke regne med at det blir særlige forstyrrelser fra sideentreprenører som skal legge ny asfalt. Grunnen til dette er at gravingen som regel vil være det første som må gjøres og arbeidet avsluttes ofte før de andre sideentreprenørene går i gang med sitt arbeid. Avtalens forutsetning tilsier dermed at det ikke bør foreligge særlige samordningsplikter. I slike tilfeller bør derfor entreprenøren ikke vente særlig samordningsutfordringer slik at påregnelighetsterskelen må settes lavt.

Annerledes blir det i de tilfeller hvor det er tale om en sveiseentrepriser som er en del av bygging av et større forretningsbygg. Grunnen til dette er at sveisingen er avhengig av andre arbeidsoperasjoner som må foretas, herunder eksempelvis bygging av fundament og elektrisk anlegg. Det er derfor påregnelig med flere forstyrrelser i slike prosjekter enn i eksemplet ovenfor. I slike tilfeller bør derfor entreprenøren vente visse samordningsutfordringer slik at påregnelighetsterskelen må settes høyere.

Arbeidets omfang

Arbeidets omfang i tid og størrelse vil ha betydning for hva som var påregnelig for entreprenøren ved avtaleinngåelsen. Grunnen til dette er at det er mer påregnelig at det oppstår samordningsutfordringer i store prosjekter som går over lengre tid siden det ofte er flere aktører inne i bildet og mange arbeidsoperasjoner som skal gjøres.⁷⁷ Eksempelvis vil bytting av elektrisk anlegg i Oslo rådhus tilsi større samordningsutfordringer enn renovering av en liten bod. I store prosjekter må derfor påregnelighetsterskelen i alminnelighet settes høyere enn i små prosjekter.

Fremdriftsplanen

Dersom fremdriftsplanen er stram, gis entreprenøren mindre frihet til tidspunktet for når han kan utføre arbeidsoperasjonen. Dette vil igjen bety at det ofte oppstår større samordningsutfordringer i disse tilfellene, da entreprenøren er avhengig av at de sideordnede entreprenørene

⁷⁷ Kleive (2008) s. 78.

utfører sitt arbeid til rett tid for at ikke entreprenørens arbeid skal stoppe opp.⁷⁸ Ved en stram fremdriftsplan må derfor entreprenøren regne med visse samordningsutfordringer slik at påregnelighetsterskelen settes høyt.

Har tidsplanen på den annen side mye slakk er entreprenøren ikke like avhengig av sideentreprenørene, da en forsinkelse hos en sideentreprenør ikke nødvendigvis medfører at entreprenørens arbeid stopper opp. I slike tilfelle kan entreprenøren ikke vente seg like mange samordningsutfordringer slik at påregnelighetsterskelen må settes lavere.

Pkt 5:

Problemstillingen under dette punktet er hvilke plikter som stilles til entreprenørens tiltak som kan utledes av lojalitetsbestemmelsen i pkt 5, før det er tale om en hindring i relasjon til pkt 24.1. For innholdet av pkt 5 viser jeg til drøftelsen i kapittel 2.2.2.

Om og i hvilken grad det kan påligge visse handleplikter for entreprenøren basert på lojalitetsplikten i pkt 5 vil kort illustreres ved to eksempler.

Et eksempel hvor forholdet kommer på spissen kan være hvor byggherren er forsinket med å levere tegninger til et ventilasjonsanlegg som er en del av et stort byggeprosjekt. I utgangspunktet har han risikoen for denne forsinkelsen.⁷⁹ Det kan tenkes at prosjektet har hatt en viss slakk i fremdriftsplanen som senere er brukt opp slik at fremdriften ligger på en kritisk linje, det vil si at entreprenøren er avhengig av å utføre akkurat denne arbeidsoperasjonen basert på byggherrens tegninger til akkurat denne tiden for ikke å bli forsinket.⁸⁰ Spørsmålet blir da hvilke plikter entreprenøren kan sies å ha for å overvinne denne hindringen. Spørsmålet er hvordan begrepet «hindres» i pkt 24.1 skal forstås.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Jf. pkt 24.1, pkt 19.2

⁸⁰ Marthinussen [et al.] (2010) s. 338 definerer kritisk linje slik: «Kritisk linje er et uttrykk som kan brukes for å karakterisere at en rekke av de arbeidsoperasjoner som entreprenøren skal utføre er innbyrdes avhengig av hverandre. Rekkefølgen av disse kan derfor ikke legges som uten at dette får betydning for fremdriften..»

I et slikt tilfelle kan entreprenøren være pliktig til å sørge for at byggherren ikke påføres unødige store tap. Det er derfor grunn til å oppstille en viss tiltaksplikt fra entreprenørens side.⁸¹ Det kan således anses klanderverdig dersom entreprenøren forholder seg helt passiv. Det kan være rimelig å kreve at entreprenøren iverksetter sikringstiltak og fortsetter arbeidet i den grad det er mulig før forholdet kan anses som en hindring. Hvor store tap byggherren risikerer å pådra seg, vil være relevant for vurderingen. Lojalitetsplikten i pkt 5 kan derfor medføre at en må tolke hindringsbegrepet strengt i disse tilfellene, altså at det skal mye til for å anse forholdet som en hindring.

Et annet eksempel er der det oppstår problemer med grunnforholdene som partene er uenige om er et forhold som entreprenøren hadde grunn til å regne med, slik at entreprenøren har krav på fristforlengelse.⁸² Dersom grunnen er i ferd med å rase sammen, kan entreprenøren pålegges nokså omfattende sikringsplikter selv om en slik tvist ikke er avklart.

Entreprenøren kan ikke vente på en avgjørelse, da dette vil kunne anses som sterkt klanderverdig tatt i betraktning situasjonens behov for akutte tiltak, samt faren for at byggherren kan påføres store tap. Lojalitetsplikten i pkt 5 kan derfor medføre at en må tolke hindringsbegrepet strengt i disse tilfellene, altså at det skal mye til for å anse forholdet som en hindring.

2.3.3 Oppsummering av vurderingen

Etter dette må entreprenøren være ansvarlig for å overvinne hindringer som var påregnelige på avtaletidspunktet basert på samordningsplikten i pkt 18.3. Videre må entreprenøren overvinne hindringer som han i kraft av lojalitetsplikten i pkt 5 må anses å ha ansvaret for. Det er derfor grunn til å fastsette en viss tiltaksplikt, selv om forsinkelsen opprinnelig oppstår som følge av et forhold byggherren er ansvarlig for. Men grensen for tiltaksplikten er ikke særlig høy, da byggherren i utgangspunktet har risikoen for forholdet. Man ser at det er en forskjell fra de tilfeller som ligger utenfor partenes kontroll, der entreprenørens offergrense er høy.

⁸¹ I tråd med Barbo (1997) s. 346.

⁸² Jf. pkt 19.3.2 og pkt 24.1 c).

2.3.4 Bør hindringsbegrepet være det relevante kriterium?

Begrepet «hindring» som et kriterium for at entreprenøren kan ha krav på fristforlengelse i pkt 24.1 er blitt kritisert i teorien.⁸³ Det samme begrepet brukes i pkt 24.3 som omhandler force majeure reguleringen hvor utgangspunktet er at risikoen mellom partene er delt.⁸⁴

Når det samme kriteriet brukes begge steder i samme kontrakt kan det få en til å tro at vurderingstemaet blir det samme basert på alminnelige kontraktsrettslige tolkningsprinsipper.⁸⁵ Det er altså naturlig å tenke seg at man må foreta en vurdering basert på en offergrense med de samme momenter som gjelder i pkt 24.3. Slik kan det imidlertid ikke være.

Grunnen til at det ikke kan legges vekt på hvordan hindringsbegrepet forstås i force majeure reguleringen, når en skal vurdere det samme begrepet i pkt 24.1 følger av funksjonsfordelingen mellom partene. Situasjonen i pkt 24.1 er at en står ovenfor et forhold hvor byggherren i utgangspunktet har risikoen. I pkt 24.3 er utgangspunktet at risikoen inntreffer utenfor partenes kontroll og risikoen anses for å være delt mellom partene. Utgangspunktet for vurderingen blir derfor helt annerledes i pkt 24.1 enn i pkt 24.3. Det blir derfor helt feil å vektlegge hindringsbegrepet i pkt 24.3 for vurderingen. Valget av ordlyd i pkt 24.1 er derfor uheldig og kan derfor kritiseres.

Vurderingen må derfor som drøftelsen ovenfor i kapittel 2.3.2 har vist, basere seg på om byggherrens forhold har påvirket entreprenørens fremdrift.

NS 3430, som er forgjengeren til NS 8405, hadde her en bedre løsning ettersom vilkåret for fristforlengelse der var om entreprenøren ble «forsinket» av forhold på byggherrens side.⁸⁶ At entreprenøren blir forsinket som følge av byggherrens forhold er nettopp det sentrale for å vurdere om entreprenøren har krav på fristforlengelse, ikke at han er hindret. Derfor er dette et mer presist uttrykk som i mindre grad kan lede til feilslutninger. Det samme gjelder buofl § 11 førsteledd a) og b) hvor det fremgår at forholdet på byggherrens side «seinkar arbeidet.»⁸⁷ Også her peker reguleringen på det sentrale, og reguleringen fremstår derfor som mer presis.

⁸³ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 263 som gir uttrykk for de samme synspunkter som fremholdes i dette kapitlet.

⁸⁴ Jf. pkt 24.3.5.

⁸⁵ Woxholt (2009) s. 412.

⁸⁶ Jf. NS 3430 pkt 17.1

⁸⁷ Jf. buofl § 11.1 a) og b)

Det kan ikke ha vært meningen at NS 8405 på dette punkt tok sikte på å endre rettstilstanden i forhold til det som gjaldt under NS 3430. Jeg har ikke funnet noen begrunnelse for at ordlyden er endret på dette punkt i NS 8405, verken i teori eller praksis.

Etter mitt skjønn er det vanskelig å anføre gode argumenter for at ordlyden bør være slik den er. Hensynet til sammenheng mellom reglene tilsier ikke at ordlyden bør være den samme jf. drøftelsen ovenfor. Systembetragtninger taler tvert imot for at ordlyden bør være annerledes. Etter mitt skjønn burde man derfor fjerne det begrepet man har innført i NS 8405 og isteden gjeninnføre forsinkelsesbegrepet som gjaldt i NS 3430.

2.4 Innenfor entreprenørens kontroll

2.4.1 Innledning

Innenfor entreprenørens eget risikoområde, har entreprenøren i utgangspunktet verken krav på fristforlengelse eller vederlagsjustering.⁸⁸ Han er derfor i utgangspunktet pålagt en ubetinget plikt til å oppfylle kontrakten in natura. Det må imidlertid også her settes en offergrense, da en ubegrenset naturaloppfylleelsesplikt verken er mulig eller rimelig. Hvor denne grensen skal settes vil drøftes nærmere i dette kapitlet. Dette vil danne grunnlag for hvilke tiltak som forventes av entreprenøren i en slik situasjon.

Problemstillingen som derfor må reises er hvor entreprenørens offergrense går i disse tilfellene.

I det følgende vil jeg først presentere det rettslige grunnlaget som må gjelde for vurderingen i kapittel 2.4.2. Dernest vil jeg redegjøre nærmere for den konkrete grensen i kapittel 2.4.3.

2.4.2 Rettslig grunnlag og utgangspunkt for vurderingen

Standarden inneholder ingen uttrykkelig regulering av plikten til naturaloppfyllelse. Det følger av Rt. 1972 s. 449 at det likevel må gjelde en naturaloppfylleelsesplikt basert på ulovfestet

⁸⁸ I tråd med funksjonsfordelingen i kapittel 2.1.1.

grunnlag. Dommen gjaldt krav om retting av feil og mangler som hadde oppstått i forbindelse med isolasjon og tekking av terrassene i to syv-etasjes boligblokker. Retteplikten må anses som en forlengelse av naturaloppfylleelsesplikten, slik at dommen må kunne tas til inntekt for at det gjelder en naturaloppfylleelsesplikt i entreprisekontraktene.⁸⁹

Retten uttalte i forbindelse med entreprenørens retteplikt at entreprenøren har:

*«plikt til å undersøke forholdet så fort som mulig, og foreta omlegging dersom undersøkelserne ikke klarlegger at det er [byggherrens] feil som er årsaken. Dette følger av [entreprenørens] særlige sakkyndighet og ansvar og tilsies av det rent praktiske hensyn at for [byggherren] vil være umulig eller vanskelig selv å utføre disse reparasjoner eller å få andre sakkyndige til å gjøre det.»*⁹⁰

Etter dette må det anses bekreftet å gjelde en naturaloppfylleelsesplikt også for NS 8405 innenfor entreprenørens kontroll. Siden entrepriseretten er en del av obligasjonsretten, vil de alminnelige kontraktsrettslige prinsipper være en relevant rettskilde for vurderingen.⁹¹

Spørsmålet er så hvor en skal finne disse alminnelige kontraktsrettslige prinsippene. Høyesterett har i Rt. 1999 s. 408 gitt uttrykk for at:

*«de sentrale bestemmelser i [kjøpsloven] i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper.»*⁹²

Saken gjaldt heving av et kjøp av en borettslagsleilighet, men uttalelsene må anses å ha generell rekkevidde. Disse uttalelsene må således anses som gjeldende rett også for entrepriser. Ettersom naturaloppfylleelsesplikten er en sentral bestemmelse i kjøpsloven, må det derfor tas utgangspunktet i kjøpslovens § 23.

Selv om en kan ta utgangspunkt i kjøpslovens regulering for å vurdere hvilken offergrense som må gjelde, må en være noe varsom med å benytte de momenter som forarbeidene til kjøpsloven og rettspraksis i relasjon til kjl. § 23 anvender for å vurdere om offergrensen er overskredet. Grunnen til dette er at offergrensen tradisjonelt er tolket strengt i kjøpsretten hvor man gjerne formulerer dette som at oppofrelse må være ekstremt store eller lignende

⁸⁹ Hagstrøm (2011) s. 380

⁹⁰ Jf. rt. 1972 s. 449 på s. 455.

⁹¹ Hagstrøm (2011) s. 42 flg. og s. 70 flg. Se også metodekapittelet 1.4.

⁹² Rt. 1999 s. 408 på s. 420

for at realdebitor skal gå fri ansvar.⁹³ I entrepriseretten stilles det derimot ikke så strenge krav for å konstatere at det foreligger misforhold mellom entreprenørens oppfyllelse og oppofrelse knyttet til dette, da også mer dagligdagse forhold anses som en hindring.⁹⁴

Etter å ha fastlagt det rettslige grunnlag for vurderingen og vurderingstema vil jeg i neste avsnitt drøfte hvilke momenter som er relevante for den konkrete vurderingen.

2.4.3 Nærmere om grensen for naturaloppfyllelesplikten

Det fremgår av kjl § 23 1.ledd at:

«Kjøperen kan fastholde kjøpet og kreve oppfyllelse. Dette gjelder ikke om det foreligger en hindring som selgeren ikke kan overvinne, eller for så vidt oppfyllelse vil medføre så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i vesentlig misforhold til kjøperens interesse i at selgeren oppfyller.»

Utgangspunktet er at det må foreligge en hindring eller en så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i vesentlig misforhold til kjøperens interesse i at selgeren oppfyller. Hagstrøm omtaler det siste vilkåret som en misforholdsbegrensning.⁹⁵ Dette begrepet benyttes også i det følgende.

Vurderingen av om det foreligger en hindring eller et misforhold må avgjøres basert på en tolkning av avtalen mellom partene, altså den forpliktelse realdebitor i utgangspunktet har påtatt seg.⁹⁶ Årsaken til hindringen eller misforholdet er ikke relevant, men har entreprenøren utvist forsettlig mislighold kan offergrensen høynes.⁹⁷

At det foreligger et krav om «hindring» kunne rent språklig fått en til å tro at det forelå et krav om absolutt umulighet. Men til det umulige er man aldri forpliktet.⁹⁸ Det følger derfor av forarbeidene til kjøpsloven at det ikke kreves absolutt umulighet for at realdebitor skal anses for

⁹³ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 66 og Bergem [et al.] (2008) s. 122.

⁹⁴ Sandvik (1977) s. 84 og Hagstrøm (2011) s. 282, dog for force majeure reguleringen. Prinsippet må imidlertid gjelde også for naturaloppfyllelesplikten.

⁹⁵ Hagstrøm (2011) s. 385

⁹⁶ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 66

⁹⁷ Hagstrøm (2011) s. 386.

⁹⁸ Hagstrøm (2011) s. 384

å være hindret i relasjon til bestemmelsen i kjl § 23, men at forholdene må være slike at selgeren i alle fall på kort sikt ikke kan overvinne dem uten helt spesielle vansker.⁹⁹ Det må derfor settes en offergrense.

Offergrensen vil derfor typisk måtte settes ved hvor byrdefullt det er å erstatte ytelsen med en annen. Desto mer spesifisert byggherrens prosjektering er, desto vanskeligere vil det være for entreprenøren å erstatte varen med en annen. Dette vil bety at det desto mer spesifisert entreprenørens forpliktelse er jo lettere må forholdet anses som en hindring.

Hvorvidt misforholdsbegrensningen er overskredet beror på en interesseavveining der selgerens ulemper og kostnader settes opp mot kjøperens interesse i at selgeren oppfyller.¹⁰⁰

Et eksempel på vurderingen kan være hvor entreprenøren som skal bygge et forretningsbygg prosjektert med en spesiell type klimaanlegg, hvor anlegget bare kan anskaffes fra en bestemt produsent. Dersom prisen på klimaanlegget går vesentlig opp etter avtaleinngåelsen slik at entreprenøren nå lider en stor økonomisk belastning med å anskaffe dette, kan misforholdsbegrensningen anses for overskredet. Grunnen til dette er at det vil foreligge en vesentlig forrykkelse av entreprenørens og byggherrens interesser. Offergrensen vil i et slikt tilfelle kunne være overskredet.

Et annet tilfelle kan være hvor entreprenøren har tatt en risiko ved avtaleinngåelsen som kan medføre en gevinst eller et tap for ham, eksempelvis ved valg av utførelsesmetode. Når entreprenøren har tatt en slik risiko, er det også rimelig at han strekker seg langt for å overvinne økonomiske eller faktiske hindringer som måtte oppstå. Dersom det foreligger et slikt forhold taler dette dermed for at entreprenørens offergrense settes høyere. Dette er bekreftet i teorien.¹⁰¹

Et praktisk eksempel på dette er Rt. 1999 s. 922. Selv om dommen gjelder krav om vederlagsjustering basert på friere grunnlag og ikke forsinkelse, er den relevant da den sier noe om hvilke krav til entreprenørens utførelse som gjelder når forholdet ligger innenfor hans egen risikosfære.

⁹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 66.

¹⁰⁰ Jf. Ot. Prp nr. 80 (1986-1987) s.66-68.

¹⁰¹ Bruserud, Tvedt (2010) s. 449

I denne saken fikk entreprenøren ikke medhold i krav om tilleggsbetaling for merutgifter i forbindelse med uforutsette vansker under sveisingen av høyfast stål ved byggingen av en flytebro i stål. Entreprenøren var nærmest til å bære risikoen for at sveiseprosessen ble uventet komplisert og kostbar. Tre dommere bygget på læren om bristende forutsetninger, mens to dommere bygget på avtaleloven § 36.

Byggherrens materialvalg var i saken forsvarlig. Problemene gjaldt entreprenørens utførelse. Forholdet lå derfor innenfor entreprenørens risikoområde. Hva gjaldt offergrensen uttalte førstvoterende:

«At entreprenøren har ansvaret for byggverket, betyr at han plikter å utføre de nødvendige arbeidsoperasjoner selv om det skulle vise seg å være vanskeligere, mer byrdefullt eller mer kostbart enn han regnet med da anbudet ble inngitt. En slik utvikling gir heller ikke rett til å kreve ytterligere betaling for de uforutsette kostnadene.»¹⁰²

Høyesterett la til grunn at problemene som oppstod ikke var overraskende og at entreprenøren derfor måtte ta høyde for at det måtte benyttes for- og ettervarme i større omfang enn han hadde kalkulert med. Selv om den økte bruken av for- og ettervarme resulterte i et kostnadskrav på 82 mill NOK, måtte entreprenøren bære dette i sin helhet. Høyesterett holdt likevel døren åpen for at ekstraordinære tap kunne gi grunnlag for en delvis risikooverføring, men Høyesterett mente at tapet ikke var av en slik størrelse i denne saken.

Dommen viser altså at det skal mye til for at byggherren får risikoen for forhold som gjelder entreprenørens egen utførelsesmetode når denne er usikker. Entreprenøren har her selv tatt en risiko som kan resultere i en gevinst, men som i denne saken resulterte i et tap. Dette vil indirekte også bety at entreprenørens offergrense i disse tilfellene er høy. Entreprenøren kan her sjeldent høres med at forholdet er så uforholdsmessig tyngende at han ikke har plikt til å oppfylle.

Et annet eksempel er hvor entreprenøren har lavere marginer enn normalt, under den forutsetning av at disse var synbare for byggherren ved avtaleinngåelsen.¹⁰³ Det vil ofte være vanskelig å bevise at dette foreligger og utgangspunktet må også nyanseres. Ofte vil det være stor forskjell i bransjen på hvor store marginene er, da det bl.a. beror på hva markedet er villig til å betale for entreprisen og ikke nødvendigvis de konkrete kostnader. Hva som dermed er synbart for byggherren må derfor vurderes på denne bakgrunn. Har imidlertid entreprenøren be-

¹⁰² Rt. 1999 s. 922 på s. 931.

¹⁰³ Bruserud, Tvedt (2010) s. 449.

tydelige lavere marginer enn normalt og dette var synbart for byggherren, må antakelig entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt settes lavere, da det blir mer byrdefullt for entreprenøren å oppfylle.

Størrelsen av entreprenørens tap vil også være relevant.¹⁰⁴ Er tapet lite taler det for at offergrensen må være høy, da det er det rimeligere å forvente større tiltak fra entreprenøren enn hvor tapet er stort. Dette ligner unektelig på de tilfeller hvor entreprenøren på grunnlag av bristende forutsetninger kan velte noe av tapet over på byggherren såfremt tapet er ekstraordinært.¹⁰⁵ Det kan synes noe underlig å oppstille en lignende regel her, da bristende forutsetninger er et grunnlag for avtalesensur, siden vi her taler om hvor entreprenørens offergrense skal settes.

2.4.4 Oppsummering av vurderingen

Gjennomgangen viser at det må opereres med en offergrense også her selv om standarden ikke har noen regulering av spørsmålet. Vurderingen må derfor basere seg på alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Grensen ligger høyst innenfor dette risikoområde, da entreprenøren i utgangspunktet er ansvarlig for forsinkelsen. Likevel må det settes en grense for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt, da det ikke er rimelig å kreve at han oppfyller når dette er for byrdefullt. Momenter for den konkrete vurderingen vil være hvor byrdefullt det er å erstatte varen med en annen, hvorvidt det er tatt en risiko ved utførelsen, hvorvidt entreprenøren har lavere marginer enn normalt samt størrelsen på entreprenørens tap.

2.4.5 Bør man heller operere med faste kriterier?

Problemstillingen som her skal drøftes er om det er mulig å operere med faste kriterier for å avgjøre om entreprenørens offergrense er nådd istedenfor den konkrete vurderingen som er drøftet ovenfor.

¹⁰⁴ Hagstrøm (2011) s. 282.

¹⁰⁵ Jf. eksempelvis Rt. 1999 s. 922 hvor Høyesterett i den konkrete saken avviste kravet om at byggherren måtte dekke noe tapet, da det ikke var ekstraordinært stort jf. side 939 i dommen.

For det første kan det tenkes at en kan trekke slutninger fra entreprenørens dagmulftsansvar ved forsinkelse, som er 10 % av kontraktssummen, for å fastlegge entreprenørens offergrense.¹⁰⁶ Løsningen blir i teorien forkastet, da det påpekes at dagmulftsreglene etter sitt innhold ikke gjelder omkostninger pådratt for å motvirke forsinkelse, slik at 10 % grensen derfor ikke har noen direkte relevans for entreprenørens tiltakspunkt.¹⁰⁷ Ansvarsgrensene kan derfor ikke alene avgjøre naturoppfylleelsesplikten omfang, men de kan likevel si noe om holdningen til entreprenørens ansvarseksposering under kontrakten.¹⁰⁸ Dette vil igjen kunne få betydning ved fastleggelsen av grensen for naturoppfyllelse.¹⁰⁹

En annen mulighet er å vise til systembetragtninger. Entreprenøren kan ikke behandles bedre i denne situasjonen enn han kan i force majeure tilfellene. Det ville ikke være rimelig. Dette betyr at offergrensen må være høyere i disse tilfellene enn hvor forholdet ligger utenfor entreprenørens kontroll. Men det blir en nær sagt umulig oppgave å foreta en slik sammenligning i praksis. En har jo ikke et fullt ut sammenlignbart tilfelle som ligger utenfor partenes kontroll som kan kaste lys over vurderingen. Enhver slik vurdering vil alltid ha sitt individuelle preg, som gjør at de vanskelig kan holdes opp mot hverandre. Dette argumentet fører derfor ikke særlig langt.

Disse innfallsvinklene vil derfor gi lite veiledning for vurderingen. De vil bare kunne være momenter som trekker i retning av at hindringskriteriet må settes høyt, og at det generelt må forventes mye av entreprenøren. En bør derfor ikke foreta vurderingen basert på faste kriterier.

¹⁰⁶ Jf. pkt 34.3

¹⁰⁷ Kaasen (2006) s. 245-246 for den tilsvarende problemstillingen i fabrikkkontraktene.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

2.5 Oppsummering av grensen for naturaloppfylleelsesplikten innenfor alle tre risikoområder

Gjennomgangen viser at spørsmålet om fastleggelse av entreprenørens offergrenser er forskjellig innenfor de tre risikoområder entrepriseretten opererer med. Offergrensen er høyest innenfor entreprenørens eget risikoområde og lavest innenfor byggherrens risikoområde. Videre må det legges forskjellige vurderinger til grunn avhengig av innenfor hvilket område risikoen rammer. Tilfeller hvor forholdet ligger innenfor entreprenørens risiko er ikke regulert i kontrakten og vurderingen må basere seg på alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. I de to øvrige kategorier kan vurderingen basere seg på kontraktens regulering. For forhold som ligger innenfor byggherrens kontroll er det først og fremst et spørsmål om forholdet har hatt reell påvirkning på entreprenørens arbeid enn et spørsmål om å fastlegge en offergrense.

Det må etter dette klargjøres hvilken betydning disse grensene får hva gjelder spørsmålet om entreprenøren i en forsinkelsessituasjon kan bli ansvarlig for erstatning istedenfor dagmulkt. Dette er alt skissert i kapittel 1.1, men vil bli drøftet grundigere i kapittel 3.2.

Videre må det vurderes hvordan denne skyldvurderingen eventuelt blir, herunder hva som ligger i kravet til grov uaktsomhet og forsett. Dette må derfor analyseres for å konstatere om entreprenøren kan bli ansvarlig for ikke å ha oppfylt kontrakten *in natura*. Dette vil jeg vurdere i kapittel 3.3 og 3.4.

3 Forholdet mellom naturaloppfylleelsesplikten og ansvarsgjennombrudd ved grov uaktsomhet og forsett

3.1 Innledning

Utgangspunktet er at ansvarsgrensene tilsidesettes ved grov uaktsomhet eller forsett jf pkt 34.1.3 og 34.3.3. Dette må anses som en kodifisering av læren om at man ikke kan frasi seg ansvar for grov egenskyld. Denne læren har lang forankring i norsk rett og ble til i Kong Christian 5. Norske Lov (NL) 5-1-2, og har senere blitt utviklet gjennom teori og praksis.

Grunnen til at ansvarsgrensen tilsidesettes ved et slikt mislighold, er at entreprenøren ikke lengre har noen rimelig grunn til å være beskyttet av ansvarsgrensene i kontrakten. Han skal ikke tjene på å utvise mislighold av et slikt omfang som her beskrevet.

I det følgende vil jeg først drøfte hvilken betydning den øvre grensen for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt, som er drøftet i kapittel 2, har for vurderingen av om ansvarsgrensene er overskredet. Dernest vil jeg drøfte innholdet i begrepene grov uaktsomhet og forsett som grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsbegrensningene i kapittel 3.3 følgende.

3.2 Hvilken betydning har den øvre grensen for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt for vurderingen av om ansvarsgrensene er overskredet?

Problemstillingen som her skal drøftes er i hvilken grad entreprenørens offergrenser påvirker ansvarsgrensene.

Utgangspunktet er at entreprenøren plikter å oppfylle kontrakten in natura. Som allerede nevnt er det imidlertid en upraktisk situasjon at byggherren krever at entreprenøren fullfører arbeidet hvor entreprenøren er forsinket i en slik grad at et spørsmål om entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt kommer på spissen.¹¹⁰ Betydningen av å fastlegge entreprenørens naturaloppfyl-

¹¹⁰ Se kapittel 1.1

lelsesplikt kommer først og fremst på spissen ved vurderingen av forsinkelsesansvarets rekkevidde.

Ved forsinkelse er dagmulkt den primære sanksjonen i NS 8405.¹¹¹ Ansvar er begrenset til 10 % av kontrakten.¹¹² Ansvar kan bare tilsidesettes ved forsett eller grov uaktsomhet.¹¹³

Vurderingstemaet for om det foreligger forsett eller grov uaktsomhet, samt grensene for dette, vil påvirkes av hvilke plikter entreprenøren i utgangspunktet har etter kontrakten. Desto mer omfattende plikter entreprenøren har etter kontrakten, desto mer forventes det av ham når det gjelder å oppfylle kontraktens krav *in natura*. Dette vil da bety at fravær av tiltak lettere anses som klanderverdig, slik at det skal mindre til for å konstatere at det foreligger forsett eller grov uaktsomhet.

Dette vil igjen ha betydning for det hva som blir det reelle vurderingstemaet for å vurdere om det foreligger forsett eller grov uaktsomhet. Er man i en situasjon hvor entreprenørens offergrense ikke er nådd, vil spørsmålet om fravær av ytterligere tiltak er å anse som forsettlig eller grovt uaktsomt oppstå.¹¹⁴ Spørsmålet om hvorfor entreprenøren har havnet i denne situasjonen er av mindre interesse.

Dersom entreprenøren har nådd grensen for naturaloppfylleelsesplikten, blir spørsmålet derimot om årsaken til at han havnet i denne situasjonen kan karakteriseres som forsettlig eller grovt uaktsomt.¹¹⁵ Entreprenørens valg av å ikke foreta ytterligere tiltak, vil ikke være gjenstand for entreprenørens forsetts- eller uaktsomhetsvurdering, da byggherren ikke lengre kan kreve naturaloppfyllelse.¹¹⁶ Man får altså en vurdering av *årsaken* til at tilstanden oppsto, mens man i de førstnevnte tilfelle får en vurdering av entreprenørens *valg* som det sentrale for å avgjøre om det foreligger tilstrekkelig skyld.

Det er derfor ved vurderingen av om det foreligger forsett eller grov uaktsomhet som grunnlag for å tilsidesette dagmulktbegrensningen, at fastleggelse av entreprenørens offergrenser vil ha sin største betydning.¹¹⁷ Dersom det konstateres forsett eller grov uaktsomhet hos

¹¹¹ Jf. pkt 34.1.

¹¹² Jf. pkt 34.3.3

¹¹³ Ibid

¹¹⁴ Bruserud, Tvedt (2010) s. 451

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 347

entreprenøren vil det kunne medføre at ansvars grensene i kontrakten i pkt 34.3.3 og pkt 34.1.3 tilsidesettes. Hvordan denne skyldvurderingen skal foretas kommer jeg til i kapittel 3.3 og 3.4.

Det kan imidlertid allerede her sies noe om forskjellen på utgangspunktet for skyldvurderingen innenfor de tre risikoområder; innenfor byggherrens kontroll, innenfor entreprenørens kontroll og utenfor partenes kontroll.

Som det er fremholdt i kapittel 2.5 er offergrensen høyest innenfor entreprenørens kontroll. Siden offergrensen er høyest innenfor entreprenørens kontroll skal det derfor mindre til for at hans adferd karakteriseres som forsettlig eller grov uaktsomt enn hvor forholdet ligger utenfor partenes kontroll eller innenfor byggherrens kontroll. Grunnen til dette er at det forventes større tiltak fra ham i disse tilfellene enn i de to øvrige. Her vil derfor fravær av faktiske og økonomiske tiltak lettere anses som sterkt klanderverdig. Dette vil igjen bety at det skal mindre til for at ansvars grensene tilsidesettes i dette tilfellet enn i de to øvrige.

3.3 Entreprenørens egen grove uaktsomhet

Utgangspunktet er at begrepet grov uaktsomhet forstås som at «det må foreligge en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet.»¹¹⁸ Det er altså ikke nok at entreprenøren burde handlet annerledes. Hans opptreden må kunne bebreides ham sterkt. Dette er et strengt krav og det skal i praksis mye til for at entreprenøren anses for å ha utvist grov uaktsomhet. Den grove uaktsomheten kan være bevisst eller ubevisst. Bevisst er den dersom entreprenøren vet at han tar en risiko, mens den er ubevisst når risikoen ikke er i hans tanker.¹¹⁹

Hva som ligger i begrepet er imidlertid uklart, og det er ikke helt enkelt å trekke noen slutninger direkte fra ordlyden. Det er også påpekt i teorien at denne generelle karakteristikken gir liten veiledning.¹²⁰ Avgjørelsen må nødvendigvis foretas konkret. I denne vurderingen må lojalitetsbetraktninger kunne trekkes inn, da disse er basert på en culpavurdering.¹²¹

¹¹⁸ Jf. Rt. 1970 s.1235 og Rt. 1983 s. 1222

¹¹⁹ Andenæs (2004) s.243-244

¹²⁰ Hagstrøm (1996) s. 497-498 med videre henvisninger.

¹²¹ Simonsen (1997) s. 164

I det følgende vil relevante momenter for vurderingen analyseres nærmere, og relevant rettspraksis og reelle hensyn vil trekkes inn.

3.3.1 Nærmere om den konkrete vurderingen

Kontraktsverdien:

Spørsmålet under dette punktet er om det skal legges vekt på størrelsen av kontraktsverdien som et moment for et skjerpet aktsomhetskrav for entreprenøren.

Utgangspunktet er at entreprenøren plikter å oppfylle kontraktsforpliktelser han har påtatt seg uavhengig av kontraktsverdien. Det vil derfor kunne karakteriseres som like klanderverdig å nedprioritere også mindre kontrakter som kontrakter med større verdi. Dette taler mot at det skal legges vekt på kontraktsverdien.

Videre kan kontraktens betydning for byggherren ikke nødvendigvis måles i penger. Et eksempel er bonden som må få oppført en liten låve for noen få kyr før vinteren. Dersom låven ikke oppføres og kyrene som følge av dette dør i vinterkulden, er det ikke nødvendigvis slik at kontraktsverdien er så stor eller at tapet er så stort. Imidlertid kan det medføre at deler av bondens levebrød er ødelagt. Det kan derfor kanskje hevdes at ideelle interesser med vel så stor styrke tilsier at fravær av tiltak fra entreprenøren anses som sterkt klanderverdig.

Hva gjelder lojalitetshensynet er det neppe helt klart i hvilken retning det trekker i denne sammenheng. På den ene side kan det kanskje anføres at lojalitetsplikten blir tolket for snevert dersom den bare holdes opp mot kontraktsverdien. Det må bl.a. legges vekt på andre virkninger manglende oppfyllelse får for byggherren, herunder eksempelvis graden av tillitsbrudd og ideell betydning for byggherren jf eksemplet ovenfor angående bonden.

På den annen side vil byggherren i store kontrakter typisk risikere å tape mer penger enn i mindre kontrakter. Lojalitetshensyn kan derfor tilsi at entreprenøren må iverksette større tiltak enn i mindre kontrakter. Grunnen til dette er at det i større grad fremstår som et illojalt tillitsbrudd å ikke oppfylle kontrakter av store verdier, da entreprenøren og byggherren som regel har et lengre og langt tettere samarbeid enn i mindre kontrakter. Etter dette taler trolig lojalitetshensynet i denne sammenheng for at det skal legges vekt på kontraktsverdien som et moment for et skjerpet aktsomhetskrav.

Videre kan det følge av en tolkning av den konkrete avtalen basert på alminnelige avtalerettslige prinsipper at aktsomhetskravet ligger høyere i en kontrakt av stor verdi. Det er særlig partenes forutsetning for avtalen som tilsier dette. Dersom det skulle inntre hindringer i en kontrakt av stor verdi, kan det hevdes at det nærmest lå som en forutsetning for avtalen at det forventes en god del innsats fra entreprenøren før en kan hevde at plikten til naturaloppfyllelse er overskredet. Fravær av tiltak fra entreprenøren vil derfor lettere anses som sterkt klanderverdigg. En slik forutsetning kan neppe innfortolkes i like sterk grad i en kontrakt av liten verdi.

Etter dette veier de grunner som taler for at det skal legges vekt på kontraktsverdien for vurderingen av om det foreligger grov uaktsomhet tyngre enn de grunner som taler mot.

Dette er også bekreftet i rettspraksis. LF-2011-13739¹²² dreide seg om oppføringen av et større systemfjøs som ble alvorlig forsinket og bygningen viste seg i ettertid å være beheftet med en rekke mangler. Lagmannsretten kom bl.a. til at totalentreprenøren hadde utvist grov uaktsomhet ved prosjektgjennomføringen og tilkjente byggherren erstatning for forsinkelsen etter NS-3431. Kontraktarbeidets verdi ble her vektlagt som et moment for at det forelå grov uaktsomhet.¹²³

Entreprenørens faglige kompetanse:

Spørsmålet under dette punktet er om det skal legges vekt på entreprenørens manglende fagkompetanse som et moment for grov uaktsomhet eller om dette er en unnskyldningsgrunn.

Det synes verken å være rimelig eller fornuftig at entreprenøren kan fri seg fra sitt ansvar ved å hevde at han må unnskyldes fordi han manglet fagkompetansen for å gjennomføre prosjektet. Det kan ikke være nok at entreprenøren subjektivt sett har gjort sitt beste. Det avgjørende er om innsatsen objektivt sett har vært rimelig tilpasset byggeprosjektets omfang og vanskelighetsgrad, slik at skikk og bruk i bransjen blir relevant for vurderingen.¹²⁴ Hans uerfarenhet kan derfor heller ikke være en unnskyldningsgrunn. Dette blir også lagt til grunn i rettspraksis.¹²⁵

¹²² Selv om dommen gjelder en totalentreprise, har prinsippet overføringsverdi til utførelsesentreprisene.

¹²³ Lagmannsrettens bemerkninger: avsnitt 36

¹²⁴ Hagstrøm (2011) s. 474-475 med henvisning til Rt. 1961 s. 965.

¹²⁵ LF-2011-13739 Lagmannsrettens bemerkninger: avsnitt 36

Evnen til å gjennomføre og organisere prosjektet:

Spørsmålet under dette punktet er om det skal legges vekt på entreprenørens manglende evne til å gjennomføre og organisere prosjektet som et moment for grov uaktsomhet eller om dette er en unnskyldningsgrunn.

Heller ikke her kan det være rimelig at entreprenøren hevder han må unnskyldes fordi han ikke har et godt nok driftsopplegg for å gjennomføre entreprisen. Dersom han ikke har vurdert dette før han inngikk avtalen med byggherren er han derfor strekt å bebreide. Påregnelighetsvurderingen i pkt 18.3 kan være et godt utgangspunkt for aktsomhetsvurderingen i den forstand at dersom entreprenøren burde forutsett forholdet på avtaletidspunktet, kan han ikke senere unnskyldes ved å hevde at han ikke hadde evner til å gjennomføre prosjektet som forutsatt.

I rettspraksis er det også lagt til grunn at det skal legges vekt på evnen til å gjennomføre og organisere prosjektet som et moment for grov uaktsomhet.¹²⁶

Omdisponering og nedprioritering av prosjektet:

En omdisponering og nedprioritering av prosjektet i forhold til avtalen med byggherren kan fremstå som en grov tilsidesettelse av byggherrens interesser. Grunnen til dette er at entreprenøren bevisst neglisjerer sine plikter etter kontrakten. Misligholdet blir da mer klanderverdig, enn hva som er tilfellet i momentene som er fremholdt ovenfor, hvor misligholdet ikke nødvendigvis skjer bevisst. Dersom det foreligger en slik nedprioritering eller omdisponering, taler dette klart for at entreprenøren har vært grov uaktsom. En slik nedprioritering vil typisk bestå i at entreprenøren bevisst stiller med for lite mannskap.

Dette er langt på vei bekreftet i LH-2012-96353. Saken gjaldt en delentreprise ved oppføring av driftsbygning i landbruket. Lagmannsretten kom som tingretten til at gårdbrukeren kunne kreve erstatning for tap som følge av forsinket levering/oppføring på 6 måneder. Det ble lagt til grunn at leverandøren hadde opptrådt grovt uaktsomt, jf. NS 8406 pkt. 26.1. Retten mente at det forelå en nedprioritering av prosjektet.

Når det gjaldt vurderingen av om entreprenøren hadde opptrådt grovt uaktsomt uttalte retten angående omdisponering og nedprioritering at entreprenøren i disse tilfellene vurderes meget strengt:

¹²⁶ LF-2011-13739 Lagmannsrettens bemerkninger: avsnitt 36.

«Omdisponering i forhold til avtalt ressursbruk, med den følge at prosjektet blir nedprioritert, vil i de aller fleste tilfeller være å betrakte som grov uaktsomhet. For at slike handlinger ikke skal falle inn under begrepet grovt uaktsomt, kreves det at entreprenøren har særdeles gode argumenter for at en bevisst nedprioritering av prosjektet er foretatt.»¹²⁷

Det ble i dommen lagt vekt på at entreprenøren stilte med altfor få arbeidere til å kunne ha en realistisk mulighet til å fullføre prosjektet innen ferdigstillelsesdatoen, og at grunnen til at entreprenøren ble forsinket var at entreprenøren måtte utbedre feil han selv hadde risikoen for.¹²⁸ Entreprenøren hadde derfor opptrådt grovt uaktsomt.

Helhetsvurderingen:

Ettersom vurderingen må foretas konkret, vil momentene som er drøftet måtte sees i sammenheng slik at det foretas en helhetsvurdering av om entreprenøren har utvist så sterk grad av klanderverdighet at han må anses å ha handlet grovt uaktsomt.¹²⁹ Momentene som er drøftet er ikke ment å være uttømmende.

I det følgende vil jeg forsøke å veie de momentene som er drøftet mot hverandre for å klargjøre hvor terskelen for grov uaktsomhet ligger.

For det første synes omdisponering og nedprioritering av prosjektet å være det mest vektige hensynet som taler for at det foreligger grov uaktsomhet, da misligholdet ofte har en grovere karakter, og kan fremstå som en bevisst tilsidesettelse av byggherrens interesser. Kontraktsverdien er neppe et så sterkt moment for grov uaktsomhet som nedprioriteringer, da entreprenøren også kan være sterkt å bebreide også i mindre kontrakter som følge av at andre interesser på byggherrens hånd tilsidesettes. Entreprenørens faglige kompetanse samt evnen til å gjennomføre og organisere prosjektet syntes også å være noe mindre klanderverdig, da dette i større grad har karakter av ubevisst uaktsom adferd.

Etter dette er nedprioriteringer trolig det momentet som er av størst betydning for om det foreligger grov uaktsomhet.

¹²⁷ Jf. LH-2012-96353. Lagmannsrettens bemerkninger: avsnitt 7 med henvisning til teorien.

¹²⁸ Ibid avsnitt 9

¹²⁹ Ibid avsnitt 9 hvor det er lagt til grunn at det skal foretas en helhetsvurdering.

I helhetsvurderingen vil også hensyn bak bestemmelsen være relevante. I det følgende vil jeg forsøke å veie viktige hensyn mot hverandre for å klargjøre ytterligere hvor terskelen for grov uaktsomhet ligger.

Hensynet til gjenopprettelse taler for tilsidesettelse av ansvarsgrensene. Hvor entreprenøren har påført byggherren et tap, bør entreprenøren rimeligvis kompensere byggherren for dette. Dette tilsier at terskelen for å konstatere grov uaktsomhet ikke må ligge for høyt.

På den annen side taler hensynet til forutberegnelighet mot dette. For det første er begrensningene i entreprenørens forsinkelsesansvar i NS 8405 basert på felles enighet i bransjen slik at de er allment kjent. For det andre kan tapet som oppstår bli stort i disse kontraktene og partene har dermed behov for å vite hvem det skal ramme. Dette kan også virke tvisteforebyggende, da partene vet hvem som må bære tapet på forhånd. Dette taler for at det skal mye til for å konstatere grov uaktsomhet.

Hensynet til forutberegnelighet er også i rettspraksis vektlagt som et moment som tilsier at grensen for grov uaktsomhet må være høy, jf. ND 2005-194. Dommen gjaldt en kontrakt basert på NL 92. Dette er en standardkontrakt for leveranser av maskiner samt annet mekanisk, elektrisk og elektronisk utstyr. Selv om denne kontrakten gjelder forpliktelser av en annen art enn NS 8405, har NL 92 lignende bestemmelser som NS 8405 hva gjelder forsinkelsesansvaret som gjør dommen relevant også her. I denne saken hadde Maritim (realdebitor) ved kontrakt basert på NL 92 påtatt seg å levere fremdriftsmaskineri (to hovedmotorer med tilhørende gear) til skipet MS Gullnes tilhørende Barents (realkreditor). Den type gear som var bestilt, ble ikke godkjent for den motorinstallasjon som var forutsatt i kontrakten. Det ble derfor nødvendig å bestille nye gear av annen type. Realkreditor krevde erstatning både som følge av forsinkelse og mangel. Realdebitor erkjente ansvar for forsinkelse oppad begrenset til maksimal konvensjonalbot etter NL 92, pkt. 13, som er 7,5 % av kontraktssummen. Realkreditor anførte ansvarsgjennombrudd som følge av grov uaktsomhet, men retten fant at vilkårene for ansvarsgjennombrudd ikke var til stede.

I vurderingen av hvor grovt mislighold realdebitor hadde utøvet la retten vekt på at hensynet til forutberegnelighet tilsa at slike påregnelige og tradisjonelle mislighold som var oppstått i denne saken ikke kunne anses som grovt uaktsomt, da dette var noe som avtalekonsipistene måtte ha sett for seg.¹³⁰ Realdebitor ble ikke ansett for å ha opptrådt grovt uaktsomt, og gikk fri for ansvar utover dagmulkten.

¹³⁰ ND 2005-194 rettens bemerkninger avsnitt 9.

Hensynet til forutberegnelighet taler derfor klart for at det skal mye til for å konstatere grov uaktsomhet.

På den annen side kan tapet i enkelte tilfeller bli tungt for byggherren å bære, typisk hvor det klart overstiger dagmulkens størrelse. Her må man imidlertid se reguleringen i sammenheng med at dette er en avtalt risikofordeling mellom partene. Skader som oppstår i disse kontraktene kan ofte bli taksert langt høyere enn entreprenørens avtalte vederlag.¹³¹ Det er derfor ikke nødvendigvis rimelig at entreprenøren skal bære disse kostnadene. I denne sammenheng kan det også nevnes at entreprenøren ofte har liten kontroll over hvor store tap byggherren kan påføres, herunder eksempelvis tap i leieinntekter eller tap som følge av videresalg av kontraktarbeidet. At byggherren kan påføres tap som langt overstiger dagmulkens størrelse taler derfor ikke ubetinget for at terskelen for å konstatere grov uaktsomhet må settes lavere.

At ansvarsbegrensningen tilsidesettes ved grov uaktsomhet har også en preventiv effekt. Det skal virke avskrekkende for entreprenøren at han kan få ytterligere ansvar for forsinkelsen. Om dette alltid er tilfelle er imidlertid usikkert. Det er nok slik at entreprenøren først og fremst forsøker å ta igjen en forsinkelse fordi han vil beholde et godt rykte i bransjen, slik at han kan få flere oppdrag for fremtiden. Andre ganger er tapene så store at det i seg selv neppe får noe avskrekkende effekt.¹³² Entreprenøren gir rett og slett opp å oppfylle kontrakt in natura. Disse forholdene taler samlet for at den preventive effekten av reglene er begrenset og at prevensjon ikke taler så sterkt for at terskelen for å konstatere grov uaktsomhet må settes lavere.

Samlet sett taler hensynene for at det skal mye til for å konstatere grov uaktsomhet. Særlig hensynet til forutberegnelighet tilsier dette. De hensynene som her er beskrevet vil få betydning for fastleggelsen av om det foreligger grov uaktsomhet sammenholdt med de momentene opplistet ovenfor.

¹³¹ Hagstrøm (1997) s. 102 for tilsvarende betraktning om mangelstilfellene.

¹³² Kaasen (2006) s. 586

3.3.2 Vurderingens betydning for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt

Når det gjelder grensene for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt gir vurderingen grunnlag for visse slutninger: Er grensene for naturaloppfylleelsesplikten ikke nådd, må entreprenøren kunne bebreides sterkt for at han ikke iverksetter ytterligere tiltak for å oppfylle kontrakten hvis han skal kunne holdes ansvarlig på grunnlag av grov uaktsomhet. Er grensene for naturaloppfylleelsesplikten nådd må man se tilbake i tid og vurdere om årsaken til at entreprenøren nådde grensen var fordi han som følge av sterkt klanderverdige forhold ikke iverksatte de tiltak som kunne kreves av ham.

Etter å ha oppstilt relevante momenter og hensyn for vurderingen, vil det foretas en konkret analyse ut fra et par egne eksempler for å undersøke betydningen av momentene i praksis.

3.3.3 Eksempler basert på den konkrete vurderingen

I dette avsnittet skal jeg redegjøre for hvordan momentene kan anvendes på praktiske situasjoner.

Et eksempel er de tilfeller hvor entreprenøren foretar en bevisst nedprioritering av prosjektet. Særlig er det aktuelt hvor maksimal dagmulkt er nådd slik at oppfylleelsespresset i utgangspunktet er borte. Entreprenøren vil da ofte prioritere andre prosjekter for å unngå dagmulkt der.

Et praktisk tilfelle er hvor byggherren ved en forsinkelse pålegger entreprenøren å forsere for å ta igjen den tapte tiden jf. pkt 22.2. Siden forsinkelsen her skyldes entreprenørens eget forhold, må entreprenøren forsere for egen regning. Det vil si at entreprenøren typisk må jobbe lengre dager og ha flere folk i arbeid. Dette kan bli dyrt for entreprenøren. I denne sammenheng er det en del entreprenører som sitter og regner på hva det vil koste for ham å forsere og hva det vil koste for ham å bli ferdig forsinket for dermed å betale dagmulkt istedenfor å forsere dersom dette lønner seg for ham. Å foreta en slik vurdering taler for at det foreligger en bevisst nedprioritering av prosjektet som fort anses som grov uaktsom.

Det er typisk at entreprenøren i disse tilfellene ikke har vilje til å gjennomføre prosjektet mer konkret eller vilje til å organisere prosjektet riktig for å lykkes med å nå sluttfristen. Entre-

prenøren stiller typisk med alt for få mannskap til å ha en realistisk mulighet til å fullføre prosjektet innen ferdigstillelsesdatoen

Hensynene bak reglene taler også for dette. For det første kan dette begrunnes i prosjektstyringsrollen som byggherren har. Det er byggherren som bestemmer prosjektets fremdrift. Han kan kreve de endringer i fremdriften som han måtte ønske innenfor visse grenser, herunder eksempelvis å forskyve ferdigstillelsesdatoen. Det er da også byggherren som gis stor kompetanse til på egen hånd å bestemme når prosjektet skal være ferdig. Entreprenøren gis her i realiteten et valg han etter entrepriserettens system ikke er ment å ha.

I forhold til offergrensene vil entreprenøren her kunne være i den situasjonen at offergrensene ikke er nådd slik at hans valg av å ikke sette inn ytterligere innsats anses for å være grovt uaktsomt.

En kan også være i den situasjonen at grensen for naturaloppfyllelse er nådd. En må da se på årsaken til at entreprenøren har havnet i forsinkelse. Var det eksempelvis fordi han hadde for dårlig driftsopplegg eller manglet nødvendig fagkunnskap, noe som må kunne bebreides ham sterkt?

Entreprenøren har i disse situasjonene ikke noen rimelig grunn til å kunne beskytte seg med ansvarsgrensene som gjelder i kontrakten. Atferden kan her tilsidesette krav til lojalitet i kontraktsforhold. Entreprenøren tilgodeser her sine egne interesser foran byggherrens på en illojal måte, typisk for å prioritere andre prosjekter. Handlemåten vil derfor fremstå som klart hensynsløs og lite beskyttelsesverdig. Videre vil feilen her være av en så upåregnelig karakter at forutberegnelighetshensynet ikke gjør seg gjeldende, slik at entreprenørens ansvarsgrenser også av den grunn bør tilsidesettes.

Et annet eksempel er hvor entreprenøren foretar en fordeling av ressurser mellom ulike prosjekter. Dersom entreprenøren eksempelvis har en rekke prosjekter gående samtidig hvor han risikerer å bli forsinket i flere av dem, må det forventes at han foretar en forsvarlig prioritering mellom prosjektene. Også dette kan fort anses for å være en nedprioritering av de enkelte prosjekter. Her er det imidlertid ikke like sikkert at en slik nedprioritering anses som grovt uaktsomt. Skulle entreprenørens prioriteringer mellom prosjektene være basert på et forsvarlig valg kan han ikke anses for å være grovt uaktsomt selv om det skulle vise seg å være feilprioriteringer. Det kan altså ikke forventes at entreprenøren fordeler forsinkelsen helt nøyaktig utover alle prosjektene for unngå erstatningsansvar.

Et annet eksempel som kan nevnes er de tilfellene hvor entreprenøren har overtrådt sentrale sikkerhetsforskrifter eller sikkerhetsregler. I forhold til offergrensene vil entreprenøren også

her kunne være i den situasjon at grensen for naturaloppfyllelsen ikke er nådd og i den situasjonen at grensen er overskredet.

Entreprenøren må her ha et særlig ansvar for å påse at han følger sikkerhetsregler som gjelder på byggeplassen, selv om det skulle være byggherren eller hans representant som i utgangspunktet har ansvaret for at disse følges i henhold til byggherreforskriften.¹³³ Det er særlig viktig at disse reglene følges da det kan oppstå alvorlige skader på bygg eller personell. Dersom slike ulykker inntreffer vil det også typisk medføre at prosjektet blir forsinket.

Et eksempel på dette kan være hvor entreprenøren bevisst ikke overholder HMS-regler han er pålagt av byggherren eller hans representant, f.eks riktig bruk av verneutstyr. Dersom kommunen i den forbindelse fatter et vedtak om midlertidig byggestans til forholdet er rettet opp,¹³⁴ og dette medfører at prosjektet blir forsinket, taler dette forholdet for at entreprenøren er å anse som grovt uaktsom.

Han har her utvist en klanderverdig adferd som gir grunn til sterke bebreidelser. I et slikt tilfelle er entreprenørens evne og vilje til å organisere prosjektet riktig for å lykkes med å nå sluttfristen vesentlig tilsidesatt. Dette taler for at entreprenøren har opptrådt grovt uaktsomt. Videre vil feilen her være av en så upåregnelig karakter at forutberegnelighetshensynet ikke gjør seg gjeldende, slik at entreprenørens ansvarsgrenser også av den grunn bør tilsidesettes.

Det har også støtte i teorien at slike brudd på sikkerhetsregler taler for at det foreligger grov uaktsomhet. Det hevdes der at entreprenøren ved brudd på slike regler lettere vil anses å være grovt uaktsom, enn hvor det ikke foreligger brudd på slike regler.¹³⁵

Etter at jeg nå har fastlagt innholdet av begrepet grov uaktsomhet vil jeg gjøre rede for innholdet av forsettsbegrepet.

¹³³ Jf. byggherreforskriften §§ 5 og 18.

¹³⁴ Jf. pbl. § 32-4

¹³⁵ Marthinussen [et al.] (2010) s. 563

3.4 Forsettsbegrepet

Forsettsbegrepet er hentet fra strafferetten og er utviklet i praksis og teori. Man skiller mellom ulike typer av forsett etter graden av skyld. Det vanligste skille går ved hensikt-, sannsynlighetsforsett og dolus eventualis. Skyldgraden er høyest ved hensiktsforsett og lavest ved dolus eventualis. Hensikt-, visshets- og sannsynlighetsforsett, samt dolus eventualis er definert i strl 2005 § 22. Loven er ikke trådt i kraft, men definisjonen gir uttrykk for gjeldende rett slik den er utviklet i teori og praksis.¹³⁶ Fra bestemmelsen hitsettes:

«Forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud

a) med hensikt,

b) med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen, eller

c) holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.»

Denne inndelingen gir imidlertid neppe særlig veiledning for kontraktsrettens forståelse av forsettsbegrepet da vurderingen av om det foreligger forsett nødvendigvis må bli nokså konkret. Det kommer jeg snart tilbake til.

Straffebudene inndeles etter sin art. Det skilles mellom formal-, skade- og faredelikter hvor forsettet knytter seg til følgene i de to sistnevnte grupper, mens det knytter seg til de faktiske forhold som dekkes av gjerningsbeskrivelsen i den førstnevnte.¹³⁷ Disse passer ikke så godt i kontraktsretten. Dette fordi straffeloven har presise gjerningsbeskrivelser som forklarer når forhold er å anse som straffbare. I kontraktsretten beror det derimot på en konkret vurdering av kontraktsforholdet og de øvrige omstendigheter om et forhold er å anse som et forsettlig kontraktsbrudd.¹³⁸ Vurderingen blir dermed en ganske annen.

I det følgende vil jeg omtale hva et eventuelt forsett må omfatte.

¹³⁶ Jf. Ot. prp nr. 90 (2003-2004) s. 424

¹³⁷ Hagstrøm (1996) s. 491

¹³⁸ Hagstrøm (1996) s. 491

3.4.1 Hva må forsettet omfatte?

Det har lenge vært uenighet i teorien om forsettet må omfatte følgene, eller om det er tilstrekkelig at forsettet omfatter bevissthet om at man overtrer kontraktens forpliktelser. Augdahl og Lund synes å legge avgjørende vekt på om det foreligger forsettlig mislighold av kontrakten.¹³⁹ Brunsvig hevder på sin side at skylden også må omfatte at realkreditor påføres tap.¹⁴⁰

Av voldgiftsdommen «Trans Tind» fremgår visse prinsipielle uttalelser om spørsmålet.¹⁴¹ Dommen gjaldt en tvist mellom et rederi som hadde bestilt fartøyet M/T ”Trans Tind”, og verftet som hadde bygget det. Tvisten omhandlet feil og mangler på dette skipet. Utbedring var etter kontrakten mellom partene realkreditors eneste beføyelse ved mangler. Retten slutter seg til Brunsvigs forståelse av forsettsbegrepet, da den legger til grunn at det er skylden i forhold til det økonomiske tapet selskapet lider, som er sentralt for å vurdere om ansvarsgjennombrudd skal skje i det konkrete tilfellet.¹⁴²

Retten legger her til grunn et mellomstandpunkt, ved at forsettet karakteriseres som en bevisst overtredelse av kontraktens normer kombinert med grov uaktsomhet mht. følgene. Dette synes som en rimelig løsning da realdebitor ikke bør vurderes mildere bare fordi han ikke har holdt det som sannsynlig at realkreditor vil påføres tap. I teorien er det også hevdet at dette er et fornuftig standpunkt.¹⁴³

Dommen skiller seg vesentlig fra oppgavens problemstilling hvor det er tale om en forsinkelsessituasjon i en landentreprise. En må derfor være varsom med å anvende den direkte på oppgavens problemstilling. Likevel vil løsningen antakelig også gi noe veiledning for landentreprisene, da situasjonen i dommen har visse likhetstrekk med problemstillingen her.

Den forståelsen av forsettsbegrepet som er oppstilt i Trans Tind dommen kan imidlertid ikke gjelde i enhver situasjon. Det må bero på en konkret tolkning av kontraktsforholdet om den målestokken som oppstilles i Trans tind dommen kan anvendes, eller om en må anvende en annen målestokk. I den nærmere vurderingen av hva forsettet må omfatte, er det nemlig en rekke forhold som faller utenfor. Forsett med hensyn til følgene vil eksempelvis ikke kunne

¹³⁹ Augdahl (1989) s. 293 og Lund (1964) s. 68

¹⁴⁰ Brunsvig (1973) s. 347-356

¹⁴¹ ND 1984 s. 404

¹⁴² Se rettens bemerkninger sitert i Hagstrøm (1996) s. 492

¹⁴³ Hagstrøm (1996) s. 492

kreves der betydelige deler av kontrakten er omsorgsforpliktelser.¹⁴⁴ Det vil ikke engang være mulig da entreprenørens forpliktelse i disse tilfellene kun er å yte en forsvarlig innsats.

Dette er ingen upraktisk situasjon for entrepriseoppdragene etter NS 8405, der byggherren vanligvis forestår det vesentlige av prosjekteringen.¹⁴⁵ Der byggherren foretar en omfattende prosjektering i entrepriseoppdraget vil entreprenørens valg av løsninger være begrenset. Dette innebærer at entreprenørens kontraktsforpliktelse i stor grad fjerner seg fra å være en resultatforpliktelse og tenderer i retning av å være en omsorgsforpliktelse.¹⁴⁶ Dersom entreprisen eksempelvis gjelder bygging av inneklimaanlegg og byggherren kun prosjekterer med at bygget skal ha et tilfredsstillende inneklima taler dette for at det foreligger en resultatforpliktelse. Entreprenøren må i et slikt tilfelle selv finne egnede metoder og produkter for installasjon av lufteanlegg. Dersom byggherren i den samme situasjonen isteden prosjekterer med at entreprenøren må velge et bestemt type produkt og en bestemt fremgangsmåte, er entreprenørens valg av løsninger begrenset. Entreprenørens forpliktelse tenderer da i retning av å yte en forsvarlig innsats. Dersom entreprenøren dermed blir forsinket med installasjonen fordi han forsettlig nedprioriterer prosjektet, kan han derfor anses for å ha handlet forsettlig med hensyn til det tapet byggherren påføres selv om han ikke har hatt noe innsikt i at forsinkelsen ville få den konkrete følgen for byggherren.

Dette er også bekreftet i teorien. Det legges der til grunn at et forsettsbegrep som bare omhandler følgene ikke vil fange opp tilfeller hvor den handlende har truffet bevisste valg også uten bevissheten om utsikt til sannsynlig tap og skader.¹⁴⁷

Å kreve forsett for følgene kan derfor ikke være den generelle regel. Spørsmålet er om det også er flere forhold enn de nettopp nevnte hvor det ikke kan oppstilles et krav om forsett for følgene.

I det følgende vil jeg forsøke å redegjøre for om det finnes slike forhold belyst gjennom eksempler.

¹⁴⁴ Hagstrøm (1996) s. 493

¹⁴⁵ Jf. ns 8405 pkt 1.1

¹⁴⁶ Sandvik (1966) s. 206

¹⁴⁷ Krüger (1973) s. 680

3.4.2 Andre eksempler hvor det ikke kan kreves forsett for følgene

Utgangspunktet er altså at det ikke kan kreves forsett for følgene.

En kategori av forsettlig mislighold er der hvor det skjer en bevisst nedprioritering av oppdraget. Denne kategorien er alt presentert under tilfeller av grov uaktsomhet i kapittel 3.3. Det er imidlertid ingenting i veien for at en slik bevisst nedprioritering også kan anses for å være forsettlig. Det fremgår imidlertid av rettspraksis ovenfor at domstolene som regel vurderer om det foreligger grov uaktsomhet ved slik bevisst nedprioritering av oppdraget. Grunnen til at domstolene sjeldent har vurdert dette som et forsettlig forhold, trenger imidlertid ikke bety at domstolen mener at slik nedprioritering ikke kan anses som forsettlig kontraktsbrudd. Antakelig er grunnen heller at partene sjeldent påberoper seg dette fordi det er vanskelig å bevise.

At kontraktsbruddet anses for å være forsettlig vil kunne ha ulike konsekvenser.¹⁴⁸ Det som etter dette er uklart er om en skal kreve forsett med hensyn til følgene hvor entreprisen gjelder en resultatforpliktelse, da det som nevnt ikke er mulig for omsorgsforpliktelsene.

Hagstrøm hevder at ved bevisst nedsettelse av den annen parts interesser, er dette tilstrekkelig for at det foreligger et forsettlig kontraktsbrudd.¹⁴⁹ Noe forsett med hensyn til følgen kreves altså ikke, og det må gjelde uavhengig av hva slags forpliktelse entreprenøren har påtatt seg. Dersom entreprenøren eksempelvis bevisst har alt for lite mannskap på jobb fordi han prioriterer andre prosjekter, kan han likevel håpe at prosjektet ikke blir forsinket. Dette er nok til å konstatere at det foreligger forsett.

En annen kategori er forsettlig tilsidesettelse av forskjellige former for kvalitetsikringsprosedyrer som følger direkte av kontrakten eller indirekte gjennom lovgivning og bransjenormer. Det må i tilfelle være tale om helt sentrale regler for at sluttresultatet skal bli vellykket. Hagstrøm fremholder også her at det er tilstrekkelig for å konstatere forsett at det foreligger en bevisst tilsidesettelse av slike regler og at det ikke er noe krav om forsett med hensyn til følgen.¹⁵⁰ Et eksempel på dette er alt nevnt i kapittel 3.3 om tilsidesettelse av HMS-regler.

¹⁴⁸ Eksempelvis vil det kunne ha betydning for byggherrens tapsbegrensningsplikt eller for hva som er å anse som et påregnelig tap. Jeg er derfor uenig med Marthinussen [et al.] (2010) s. 564 som anfører at skille ikke har noen betydning.

¹⁴⁹ Hagstrøm (1996) s. 495-496.

¹⁵⁰ Hagstrøm (1996) s.497

3.4.3 Sammenfatning og betydningen for entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt

Etter dette kan man hevde at det neppe kan oppstilles en regel om at forsettet må omfatte følgerne i NS 8405 når det oppstår en forsinkelse. Det kan eksempelvis være tilstrekkelig at entreprenøren bevisst tilsidesetter sine forpliktelser i kontrakten, bevisst tilsidesetter sikkerhetsregler, eller bevisst nedprioriterer prosjektet for å konstatere at det foreligger et forsettlig kontraktsbrudd. Det kreves ikke at entreprenøren gjør seg opp noen mening om den følge kontraktsbruddet får for byggherren. Entreprenøren kan altså likevel håpe at det går bra og at byggherren ikke påføres tap. Denne betraktningen av forsettet i NS 8405 minner mye om forsettsformen *dolus eventualis* som er hentet fra strafferetten, men det kreves ikke noe positiv innvilgelse slik *dolus eventualis* krever.¹⁵¹

Når det gjelder betydningen dette har for grensene for naturaloppfylleelsesplikten gir disse observasjoner grunnlag for visse slutninger. Er grensene for naturaloppfylleelsesplikten ikke nådd, må entreprenøren med bevissthet forstå at han er pliktig til å iverksette ytterligere tiltak for å oppfylle kontrakten hvis han skal kunne holdes ansvarlig på forsettlig grunnlag. Er grensene for naturaloppfylleelsesplikten nådd må man se tilbake i tid og vurdere om årsaken til at entreprenøren nådde grensen var fordi han bevisst ikke iverksatte de tiltak som kunne kreves av ham.

3.5 Oppsummering

Samlet sett viser dette at begrepene forsett og grov uaktsomhet kan oppstå i en rekke varianter og former. Det er vanskelig å fastlegge et klart innhold av begrepene, og de må benyttes forskjellig avhengig av bl.a. hva slags forpliktelse entreprenøren har påtatt seg og karakteren av det kontraktsbrudd som foreligger. Innholdet av begrepet må dermed fastlegges på grunnlag av en tolkning av en rekke momenter basert på retningslinjer utledet av rettspraksis og juridisk teori. Når de dermed skal anvendes på entreprenørens naturaloppfylleelsesplikt oppstår det derfor vanskelige vurderinger.

Etter dette kan en spørre seg om det er en heldig løsning at begrepene er den relevante målestokken for å vurdere om ansvarsgrensene skal tilsidesettes. Dette kommer jeg tilbake til i neste kapittel.

¹⁵¹ Se definisjonen av *dolus eventualis* i kapittel 3.4.

3.6 Bør forsett og grov uaktsomhet være den relevante målestokken for å vurdere om ansvars grensene skal tilsidesettes?

Utdatert lære

Etter vedtakelsen av avtaleloven § 36 synes læren som anvendes i standardkontrakten å være moden for revisjon, da avtaleloven § 36 overlapper den vurderingen som skal foretas etter læren om grov egenskyld etter NL 5-1-2. Dette synes bekreftet i teorien.¹⁵² I Høyesteretts praksis er spørsmålet drøftet i «Kaiinspektørdommen.»¹⁵³ Saken gjaldt hvorvidt en speditør kunne påberope seg ansvarsbegrensningen i spedisjonskontrakten etter at det som følge av grov uaktsomhet fra selskapets kaiinspektør oppsto transportskader på et parti papirruller som selskapet etter oppdrag fra realkreditor hadde stuert i containere og skipet fra Fredrikstad til New York i desember 1984. Partene var enige om at speditøren hadde opptrådt grovt uaktsomt. Saken ble løst på grunnlag av om kaiinspektøren kunne identifiseres med selskapet, noe inspektøren ikke kunne i denne saken. Høyesterett vurderte derfor ikke om grov uaktsomhet kunne være et grunnlag for ansvarsgjennomskjæring.¹⁵⁴ Høyesterett uttaler deretter at det:

«Avgjørende blir dermed om det strider mot preseptoriske kontraktsregler - alminnelige rettsgrunnsetninger eller nå kanskje avtaleloven § 36 - å gjøre en slik ansvarsbegrensning gjeldende.»¹⁵⁵

Disse uttalelsene taler etter mitt skjønn for at retten mener at avtaleloven § 36 er et riktigere grunnlag for tilsidesettelse av ansvarsbegrensningen enn NL 5-1-2 etter dagens rettstilstand, og i alle fall et minst like godt grunnlag.

Forslag til løsning

Drøftelsen ovenfor har forsøkt å fastlegge et presist innhold av begrepene, men de er vanskelig å håndtere i praksis. Siden innholdet av begrepene er såpass usikre kunne et alternativ være at standarden selv definerte deres innhold. Dette kunne bidra til mer forutberegnelighet

¹⁵² Se Kaasen (2006) s. 597-598, Bull (1988) s. 394, Cornelius Sogn Ness (2005) s.39 flg. Mer reservert Hagstrøm (2011) s. 646

¹⁵³ Jf. Rt. 1994 s. 626

¹⁵⁴ Jf. Rt. 1994 s. 626 på s. 630.

¹⁵⁵ Jf. Rt. 1994 s. 626 s. 630

for partene. Men etter min mening vil selv en definisjon av begrepene åpne for mye tolknings-
tvil og argumentet fører derfor ikke særlig langt.

Et bedre alternativ kunne være å fjerne begrepene. Vurderingen ville da isteden måtte foretas direkte etter sensurbestemmelsene i avtl § 36.¹⁵⁶ Dersom en gikk rett på vurderingen etter avtl § 36 ville skyldgraden være et moment i retning av konkret urimelighet i den vurderingen som må foretas etter avtl § 36. Denne løsningen er forslått i teorien, da forsettsbegrepet er lite egnet for vurderingen av om ansvarsfraskrivelsene skal opprettholdes og at begrepet i denne sammenheng har et uklart innhold.¹⁵⁷

Imidlertid vil begrepene være sentrale i vurderingen uavhengig om de står i standarden eller ikke, da det neppe kan hevdes at det er rimelig at en ansvarsfraskrivelse opprettholdes når entreprenøren har utvist forsett og kanskje også grov uaktsomhet.

Det er likevel andre forhold som tilsier at løsningen er bedre. Slik rettsstilstanden er nå vil dommeren typisk først vurdere om det foreligger forsett eller grov uaktsomhet, og deretter vurdere om ansvarsgrensen må tilsidesettes etter avtl § 36. Vurderingen etter avtl § 36 kan derfor bli noe kunstig da en på ny må vektlegge om entreprenøren har utvist tilstrekkelig skyld, siden det også her må være et relevant moment i vurderingen. Det er derfor fare for dobbeltbehandling. Reguleringen i standarden kan derfor kritiseres. Dette taler for at begrepet bør fjernes.

At grov uaktsomhet og forsett er den relevante målestokken for vurderingen kan også medføre at det skal noe mer til for at en anvender sensurbestemmelsene ettersom rettsanvenderen er mer bundet av ordlyden i kontrakten for sin vurdering, enn hvor standarden ikke inneholder noen begrensninger.¹⁵⁸ Særlig gjelder det hvor en kommer til at entreprenøren ikke har utvist tilstrekkelig skyld, da det skal mer til for å hevde at det er urimelig å opprettholde begrensingen. Dersom standarden ikke inneholdt begrepene ville rettsanvenderen altså være noe friere i tolkningen av den konkrete ansvarsreguleringen, og det medfører at det er lettere å forsvare fra et rettskildeperspektiv at en vurderer bestemmelsen opp mot sensurbestemmelsene. I de dommene som er nevnt ovenfor er det ingen som har vurdert forholdet opp mot sensurbestemmelsene, dette gjelder både hvor entreprenøren ble ansett for å ha handlet grov uaktsom og hvor han ikke ble det. Dette taler også for at begrepet bør fjernes.

¹⁵⁶ Det må presiseres at terskelen for å anvende avtl § 36 i profesjonelle forhold er meget høy. Dette følger av sikker Høyesterett praksis. Det er dermed bare aktuelt å anvende sensurbestemmelsene i unntakstilfeller.

¹⁵⁷ Kaasen (2006) s. 608-609 i relasjon til fabrikkasjonskontraktene.

¹⁵⁸ Jf. betraktningene om ordlydens særlige betydning for tolkningen av NS 8405 i kapittel 1.4.

Et eksempel på at en ikke opererer med noe skyldkrav i bestemmelsen som vilkår for tilside-settelse er fabrikasjonskontraktene, herunder eksempelvis NF 07. Vurderingen kan foretas derfor direkte etter avtl § 36 ettersom gode grunner taler for at denne er riktigere og et mer moderne grunnlag enn NL 5-1-2, jf. drøftelsen ovenfor om dette.

I fabrikasjonskontraktene får dommeren derfor anledning til å vurdere hvordan det inntrådte forhold forholder seg til de sentrale hensyn bak kontrakten, som hensynet til tid og penger, i sterkere grad enn i NS 8405. Videre får dommeren anledning til å vurdere kontraktens forsikringsordninger, ettersom urimeligheten ved at selskapet ikke kan kreve full tapsdekning fra leverandøren ved mislighold påvirkes av om selskapet selv må bære tapet.¹⁵⁹ Videre vil vurderingen i sterkere grad basere seg på lojalitetsbetraktninger.¹⁶⁰ Skyldgraden vil i en slik sammenheng bare være et moment i favør urimelighet i den konkrete helhetsvurderingen som dommeren må foreta for å vurdere om ansvars grensene skal tilsidesettes.¹⁶¹ For øvrig vil ansvarets karakter, organisatorisk plassering og forholdet ellers (sml. FAL § 4-9 annet ledd) inngå i en samlet vurdering av rimeligheten.¹⁶²

Etter mitt skjønn taler reelle hensyn for at dette bør være regelen også etter NS 8405. En slik regel vil i større grad åpne for at en får vurdert entrepriserettens system i en større ramme slik at funksjonsfordelingen som grunnsteinen i entrepriseretten blir mer fremtredende. Den vil også føre til at rettsanvenderen unngår å behandle skyldgraden to ganger. Det vil trolig også medføre at det er noe enklere for rettsanvenderen å forsvare fra et rettskildeperspektiv at han vurderer forholdet etter sensurbestemmelsene.

¹⁵⁹ Kaasen (2005) s. 251

¹⁶⁰ Kaasen (2005) s. 253

¹⁶¹ Jf. forutsetningsvis rt. 1994 s. 626 på side 630-631

¹⁶² Kaasen (2005) s. 249

4 Identifikasjon i relasjon til ansvars grensene

4.1 Innledning og utgangspunkt for vurderingen

Selv om en ikke kan frasi seg ansvaret ved grov egenskyld må det settes en grense for hvem som kan anses for å ha handlet på vegne av entreprenøren da en ubegrenset identifikasjon verken er en rimelig eller fornuftig løsning. Entreprenøren vil i utgangspunktet være et selskap, altså en juridisk person. Juridiske personer kan ikke begå handlinger, det må være fysiske personer som handler på deres vegne som eventuelt opptrer forsettlig eller grovt uaktsomt. Men hvor langt selskapet skal identifiseres med disse fysiske personene er uklart. I det følgende vil det redegjøres for hvem som kan anses som entreprenøren i relasjon til bestemmelsene i NS 8405.

Utgangspunktet er at reguleringen i pkt 34.1.3 bare krever at det foreligger «forsett eller grov uaktsomhet» jf. 3. ledd. Reguleringen i pkt 34.3.3 krever at det påvises «forsett eller grov uaktsomhet hos entreprenøren.» jf. 3. ledd. Det må derfor foretas en analyse av hvem som er å anse som entreprenøren i relasjon til bestemmelsene.

Utgangspunktet er i følge teorien at entreprenøren her identifiseres med fysiske personer etter det alminnelige kontraktsmedhjelperansvaret.¹⁶³ Begrepet kontraktsmedhjelper er definert i standarden pkt 2.7 hvor følgende anses som kontraktsmedhjelper:

«leverandør, entreprenør, prosjekterende, rådgiver eller en annen person som har påtatt seg å oppfylle deler av en parts kontraktsforpliktelse.»

Det vil si at entreprenøren bærer ansvaret for en rekke aktører i prosjektet. Bestemmelsen gjelder imidlertid ikke entreprenørens egne arbeidstakere.¹⁶⁴ Den nærmere tolkningen vil jeg foreta i neste kapittel.

Definisjonen er ny i NS 8405.¹⁶⁵ NS 3430 som er forløperen til NS 8405 synes å trekke en videre grense enn denne legger opp til.

¹⁶³ Hagstrøm (1997) s. 66, dog for NS 3430, Kolrud [et al.] (2004) s. 49, Marthinussen [et al.] (2010) s. 62

¹⁶⁴ Kolrud [et al.] (2004) s. 49, Marthinussen [et al.] (2010) s. 62

¹⁶⁵ Ibid.

I relasjon til dagjeldende NS 3403 definerer Hagstrøm begrepet slik:

*«Enhver som har en kontrakt med entreprenøren og hvis ytelser han skal gjøre bruk av ved oppfyllelsen av byggekontrakten, er etter naturlig juridisk språkbruk å anse som kontraktsmedhjelper.»*¹⁶⁶

Han hevder at dette bl.a. omfatter arbeidstakere og underentreprenører.¹⁶⁷

I relasjon til dagjeldende pkt 32.6 i NS 3430 skriver Kolrud [et al.] (1992) at:

*«Pkt. 32.6 må forstås slik at den skal omfatte forhold hos entreprenøren generelt, m.a.o. entreprenøren personlig, selskapsorganer, administrativ ledelse og den enkelte arbeidstaker. I tillegg må underentreprenøren bli betraktet som en del av entreprenørens ansvar.»*¹⁶⁸

Etter mitt skjønn syntes det noe underlig at begge standardene legger opp til at avgrensningen foretas etter det alminnelige kontraktsmedhjelperansvaret, mens kildene synes å trekke den konkrete grensen ulikt. Men det kan neppe være slik at entreprenøren går fri ansvar dersom hans egne arbeidstakere handler forsettlig eller grovt uaktsomt, også etter NS 8405.

4.2 Den konkrete vurderingen

Utgangspunktet for identifikasjonen er derfor at entreprenørens ansvar ovenfor byggherren ikke endrer seg fordi han benytter medhjelpere.¹⁶⁹

I forlengelsen av dette er derfor ansvaret ikke begrenset til arbeidstakere, da entreprenøren kunne slippe ansvar ved å sette bort krevende arbeidsoperasjoner til eksempelvis underentreprenører.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Hagstrøm (1997) s. 50

¹⁶⁷ Hagstrøm (1997) s. 50

¹⁶⁸ Kolrud [et al.] (1992) s. 310

¹⁶⁹ Hagstrøm (2011) s. 486

¹⁷⁰ Ibid.

Det må være et minstekrav at hjelperens oppgaver omfattet entreprenørens kontraktsforpliktelser ovenfor byggherren. Det må bero på en tolkning av kontrakten om forpliktelsen faller innenfor dette. Oppgaven trenger ikke være omfattende eller ha stor betydning for entreprenørens kontrakt ovenfor byggherren, også mindre arbeidsoperasjoner omfattes.¹⁷¹ Imidlertid må det trekkes en grense, hvor mer generelle biforpliktelser faller utenfor.¹⁷² Et eksempel på dette er bruk av postvesenet. Dersom entreprenøren hadde ansvaret også for disse ville ansvaret blitt tilnærmet objektivt, noe som ville vært klart urimelig.¹⁷³

Det som er karakteristisk for kontraktsmedhjelperansvaret er at det skjer en identifikasjon mellom entreprenøren og hjelperen. Spørsmålet blir om medhjelperens handling hadde vært forsettlig eller grovt uaktsom dersom entreprenøren selv hadde foretatt dem, og de krav kontrakten mellom entreprenøren og byggherren stiller blir derfor avgjørende for vurderingen.¹⁷⁴ En spør altså ikke om hjelperen har opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig overfor byggherren.

Hjelperens handlinger må ha tilknytning til de oppgaver han er tildelt, entreprenøren svarer ikke for hjelperens upåregnelige adferd.¹⁷⁵ Et grensetilfelle kan være at entreprenøren antakelig svarer for at sveiseren stjeler sveiseutstyr fra byggeplassen, men ikke at graveentreprenøren gjør det samme.

4.3 Burde grensen trekkes ved kontraktsmedhjelperansvaret?

Dersom disse utgangspunkter legges til grunn for drøftelsen favner entreprenørens ansvar meget vidt og vil omfatte en rekke aktører i byggeprosjektet. Etter mitt skjønn kan det være hensiktsmessig å trekke ytterligere grenser etter NS 8405 pkt 34.1.1 og 34.3.3 hva gjelder de personelle begrensninger av ansvaret.

Det er her naturlig å se på løsningen på nærliggende rettsområder for å formulere avgrensingen.

¹⁷¹ Hagstrøm (2011) s. 488

¹⁷² Ibid

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Hagstrøm (2011) s. 491

¹⁷⁵ Hagstrøm (2011) s. 492

Utgangspunktet etter fabrikkasjonskontraktene synes ikke å være et så vidtfaavnende ansvar som opplistet ovenfor. Der tas det til orde for en hovedregel om at selskapet identifiseres med ledelsen og styre,¹⁷⁶ mens det lenge har vært et omdiskutert spørsmål hvor grensen skal trekkes lengre ned i selskapsstrukturen.

For den nærmere grensen tas det i teorien til orde for at leverandøren bare identifiseres med personell som har reell innflytelse på beslutninger som tas innenfor et ikke altfor snevert felt og som har betydning for utførelsen av kontrakten.¹⁷⁷ At vedkommende tilhører ledelsen eller ikke er derfor ikke avgjørende, men det er heller ikke tilstrekkelig at personen utfører arbeidsoppgaver som omfatter leverandørens arbeidsoppgaver ovenfor selskapet. Eksempelvis faller leverandørens representant normalt utenfor denne kretsen.¹⁷⁸ Det gjør han ikke etter NS 8405, dersom ovennevnte avgrensning legges til grunn.

Rettspraksis synes heller ikke å ha blitt stående ved en slik avgrensning som NS 8405 legger opp til. Den eneste Høyesterettsdom hvor spørsmålet om identifikasjon har vært berørt er den såkalte «Kainspektørdommen».¹⁷⁹ Det er redegjort for hva dommen gjaldt i kapittel 3.6, i det følgende behandles kun identifikasjonsspørsmålet.

Retten utalte at:

*«Etter de opplysninger som foreligger, har hans arbeid begrenset seg til den praktiske håndtering av det gods spedisjonsbedriftens oppdrag medførte. At han herunder traff selvstendige beslutninger om hvordan stuingen skulle foretas, kan ikke være tilstrekkelig til at han må identifiseres med ledelsen».*¹⁸⁰

Det ble derfor ikke foretatt noen identifikasjon og speditøren kunne derfor påberope seg ansvarsbegrensningen i spedisjonskontrakten.

Samlet sett synes det som at det skal mer til for å identifisere realdebitor med sine oppdragshjelpere i disse tilfellene enn det som er fremholdt ovenfor i relasjon til NS 8405. I sistnevnte

¹⁷⁶ Hagstrøm (1996) s. 507

¹⁷⁷ Kaasen (2005) s. 252

¹⁷⁸ Kaasen (2005) s. 252

¹⁷⁹ Rt 1994 s. 626

¹⁸⁰ Jf. Rt. 1994 s. 626 på s. 630

tilfeller er kontraktsmedhjelpere også omfattet, og det foretas ingen ytterligere vurdering av om han har tatt selvstendige beslutninger innenfor et ikke altfor snevert felt og som har betydning for utførelsen av kontrakten.

Det taler mot at dette bør være løsningen også under NS 8405 at kontraktsmedhjelperansvaret er relativt enkel å håndtere, da vilkårene for å vurdere om vedkommende er kontraktsmedhjelper er rimelig klare. Dette kan ikke sies ubetinget om den løsningen som følger av teori og praksis på fabrikasjonskontraktens og spedisjonsrettens område. Det vil være en ganske vanskelig oppgave for dommeren å vurdere om vedkommende personell innehar arbeidsoppgaver som har reell innflytelse på beslutninger som tas innenfor et ikke altfor snevert felt og som har betydning for utførelsen av kontrakten. Når har arbeidsoppgavene egentlig en slik karakter? Dette vil bero på et bredt skjønn basert på vage hypoteser. Dette taler for at et kontraktsmedhjelperansvar er en mer fornuftig regel.

På den annen side taler reelle hensyn for at løsningen som fremgår av «Kaiinspektørdommen» og teorien til fabrikasjonskontraktene også bør være gjeldende rett etter NS 8405, da gjeldende avgrensning i NS 8405 verken er rimelig eller hensiktsmessig.

For det første kan entreprenøren vanskelig holde kontroll over så mange aktører i byggeprosjektet som avgrensningen legger opp til. Særlig lite rimelig er det hvor prosjektet er meget omfattende.

For det annet vil entreprenøren etter den definisjonen Kaiinspektørdommen og fabrikasjonskontraktene legger opp til ikke kunne vri seg unna ansvar ved å delegere arbeidsoppgaver til lavere instanser. Man spør etter reell innflytelse på beslutninger som tas, og ikke etter formell hierarkisk plassering. Det betyr at identifikasjonen også her vil ha betydelig gjennomslagskraft, men at det trekkes en rimelig grense. Denne rimelighetsgrensen blir nærmest borte i den reguleringen som NS 8405 legger opp til, da grensen der er meget vid. Dette taler dermed for at løsningen fabrikasjons- og spedisjonsretten legger opp til er mer fornuftig.

Etter mitt skjønn synes derfor den avgrensning som Kaiinspektørdommen og fabrikasjonskontraktene legger opp til å være en rimelig løsning også etter NS 8405 sett hen til de hensyn som er listet opp ovenfor.

5 Avsluttende bemerkninger

Formålet med denne oppgaven har vært å belyse grensene for entreprenørens naturaloppfyllelsesplikt og hvordan disse har betydning for ansvarsgrensene som gjelder for dagmulktsansvaret. Det har derfor også vært et mål å klargjøre innholdet av begrepene forsett og grov uaktsomhet som vilkår for å tilsidesette ansvarsgrensene, samt hvem som kan anses for å være entreprenøren i denne relasjon.

Ved denne gjennomgangen har jeg forsøkt å forklare hvorfor standardens reguleringer er som de er på disse områdene. Oppgaven viser også at selv om standarden er omfattende og gjennomarbeidet, har den behov for utfylling med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

Oppgaven har også illustrert at standarden på visse punkter er uklar, noe som bør klargjøres ved revisjon. Dette gjelder bl.a. standardens bruk av hindringsbegrepet i ulike sammenhenger som gir grunnlag for feilslutninger.¹⁸¹ Det gjelder videre vilkår for ansvarsgrensene som etter mitt skjønn heller burde foretas etter sensurbestemmelsene direkte, istedenfor først etter de til dels uklare forsetts- og grov uaktsomhetsbegrepene.¹⁸² Dagens regulering synes å være et hinder for domstolenes anvendelse av sensurbestemmelsene, da den rettspraksis som er gjennomgått viser at domstolen ikke i noen saker, verken hvor tilstrekkelig skyld har vært konstatert og hvor det ikke har vært det, har vurdert standarden opp mot sensurbestemmelsene på dette punkt. Selv om disse vilkårene klart nok også vil gjelde selv om de ikke inntas i standardens ordlyd, vil det åpne for at dommeren kan vurdere kontraktsbruddet i et bredt perspektiv hvor skyldgraden bare blir et moment i den konkrete vurderingen.

Videre er det etter mitt skjønn grunn til å stille seg kritisk til hvem som anses som entreprenøren i relasjon til ansvarsgrensene, der det ser ut til at det foretas en for vid identifikasjon. Særlig gjelder dette når man ser på grensene for identifikasjon som foretas på nærliggende rettsområder det er naturlig å sammenligne seg med.

¹⁸¹ Hagstrøm/Bruserud (2014) s. 263

¹⁸² Dette er i tråd med nyere teori se Kaasen (2006) s. 607

6 Litteraturliste

BØKER

- | | |
|-------------------------------------|--|
| Andenæs, Johs. | <i>Alminnelig strafferett.</i>
5. utg. Oslo, 2004. |
| Augdahl, Per | <i>Den norske obligasjonsretts almindelige del.</i>
5. utg. Oslo, 1978. |
| Barbo, Jan Einar | <i>Kontraktsomlegging i entrepriserforhold.</i>
Oslo, 1997. |
| Bergem, John Egil [et al.] | <i>Kjøpsloven
og FN-konvensjonen om internasjonale løs-
ørekjøp med kommentarer</i>
1. utg. 2008. |
| Brunsvig, Per | <i>Konstruksjonsansvar ved bygging av skip.</i>
Oslo, 1973. |
| Bull, Hans Jacob | <i>Tredjemannsdekninger i forsikringsforhold</i>
Oslo, 1988 |
| Eckhoff, Torstein | <i>Rettskildelære</i>
5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001. |
| Hagstrøm, Viggo | <i>Entrepriserett: utvalgte emner.</i>
Oslo, 1997. |
| Hagstrøm, Viggo | <i>Obligasjonsrett.</i>
3. utg. Oslo, 2010. |
| Hagstrøm, Viggo og Bruserud, Herman | <i>Entrepriserett</i>
1. utg. Oslo, 2014 |

Hov, Jo	<i>Avtalebrudd og partsskifte</i> 2. utg. Oslo, 2002.
Høgetveit Berg, Borgar [et al.]	<i>Voldgiftsloven med kommentarer</i> 1. utg. Oslo, 2006 (sitert fra rettsdata.)
Johansen, Christian	<i>Bygherrens ændringsret</i> København, 1999
Kaasen, Knut	<i>Petroleumskontrakter, med kommentarer til NF 05 og NTK 05.</i> Oslo, 2006.
Kolrud, Helge Jakob [et al.]	<i>NS 8405 kommentarutgave</i> 1. utg. Oslo, 2004
Kolrud, Helge Jakob [et al.]	<i>Kommentar til NS 3430</i> 1. utg. Oslo, 1992
Krüger, Kai	<i>Norsk kontraktsrett</i> Bergen, 1989
Lilleholt, Kåre	<i>Avtale om ny bustad</i> Oslo, 2001
Marthinussen, Karl [et al.]	<i>NS 8405. Kommentarutgave til Norsk standard</i> 3. utg. Oslo, 2010.
Mestad, Ola	<i>Om force majeure og risikofordeling i kontrakt.</i> Oslo, 1991
Nazarian, Henriette	<i>Lojalitetsplikt i kontraktsforhold.</i> Oslo, 2007.
Nordtvedt, Henning [et al.]	<i>NS 8407 kommentarutgave</i> 1. utgave Oslo, 2013

- | | |
|-----------------|---|
| Sandvik, Tore | <i>Entreprenørrisikoen.</i>
Oslo, 1966 |
| Sandvik, Tore | <i>Kommentar til NS 3401.</i>
Oslo, 1977 |
| Simonsen, Lasse | <i>Prekontraktuelt ansvar</i>
Oslo, 1997 |
| Woxholth, Geir | <i>Avtalerett.</i>
7. utg. Oslo, 2009. |

JURIDISKE ARTIKLER

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Bruserud, Herman og Tvedt Odd Reidar, | <i>Entreprenørens kontraktsoppfyllelse – «oppfyllelsesterskler»</i>
I: På rett grunn, festskrift til Norsk forening for Bygg- og entrepriserett (2010) 1. utgave, 1. opplag s. 430-453. |
| Brækhus, Sjur | <i>Voldgiftspraksis som rettskilde.</i>
I: Christie [et al.]. ... den urett som ikke rammer deg selv. Fest-skrift til Anders Brat-holm 70 år. Oslo, 1990 |
| Hagstrøm, Viggo | <i>Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold.</i>
I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. (1996) s. 421-518. (Sitert fra Lovdata) |
| Kaasen, Knut | <i>Ansvarsbegrensning i fabrikkasjonskontrak-ter.</i> I: Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum. (2005) s. 233-258. (Sitert fra Lovdata) |

Kleive, Henrik

Entreprenørens samordningsplikt – kontraktspraksis og bakgrunnsrett.

I: Tidskrift for eiendomsrett (2008)-1 s. 64-94 (sitert fra fra rettsdata.)

Lund, Ole

Standardkontrakter, bilsalg og preseptoriske regler.

I: Lov og Rett. (1964) s. 66-81

Sogn Ness, Cornelius

Ansvarsfordeling og forsikring i petroleumskontrakter. En vurdering av gyldigheten og rekkevidden av "knock for knock"-prinsippet.

I: MarIus nr. 323 (Skriftserie fra Nordisk Sjørettsinstitutt), Oslo, 2005.

RETTSPRAKSIS

Rettstidende:

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1970 s. 1059

Rt. 1999 s. 408

Rt. 1934 s. 507

Rt. 1972 s. 449

Rt. 1999 s. 922

Rt. 1961 s. 965.

Rt. 1983 s. 1222

Rt. 2010 s. 961

Rt. 1969 s. 679

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 1970 s.1235

Rt. 1994 s. 626

Rt. 2012 s. 1729

Underrettspraksis:

LH-2011-146195

LF-2011-13739

LH-2012-96353

Nordiske domme i sjøfartsanliggender:

ND-2005-194

ND 1984-404

STANDARDKONTRAKTER

NF 05

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005. Utarbeidet i samarbeid mellom Statoil ASA, Norsk Hydro ASA og Teknologibedrifteneslandsforening, datert 12.12.2005.

NF 07

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2007. Utarbeidet i samarbeid mellom Statoil ASA, Norsk Hydro ASA og Norsk Industri, datert 25.09.2007.

NS 8405

Norsk bygge- og anleggskontrakt. Utarbeidet av Standard Norge, 2008.

NS 8406	Forenklet Norsk bygge- og anleggskontrakt. Utarbeidet av Standard Norge, 2009
NS 8407	Alminnelige kontraktsbestemmelser for to- talentrepriser. Utarbeidet av Standard Norge, 2011.

LOVER OG FORSKRIFTER

1687	Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov) av 15. april 1687.
1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
1918	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
1988	Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.
1989	Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven) av 16 juni 1989 nr 69.
1997	Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43.
2008	Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) av 27. juni 2008 nr. 71

2009

Forskrift om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser (byggherreforskriften) FOR-2009-08-03-1028.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 80 (1986-1987)

Om

A Kjøpslov

B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980

Ot. prp nr. 90 (2003-2004) s. 424

Om lov om straff (straffeloven)